

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES PARAPHERNAUX
ET
LA RESPONSABILITÉ DU MARI

THÈSE

Présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

HENRI MOLLOR

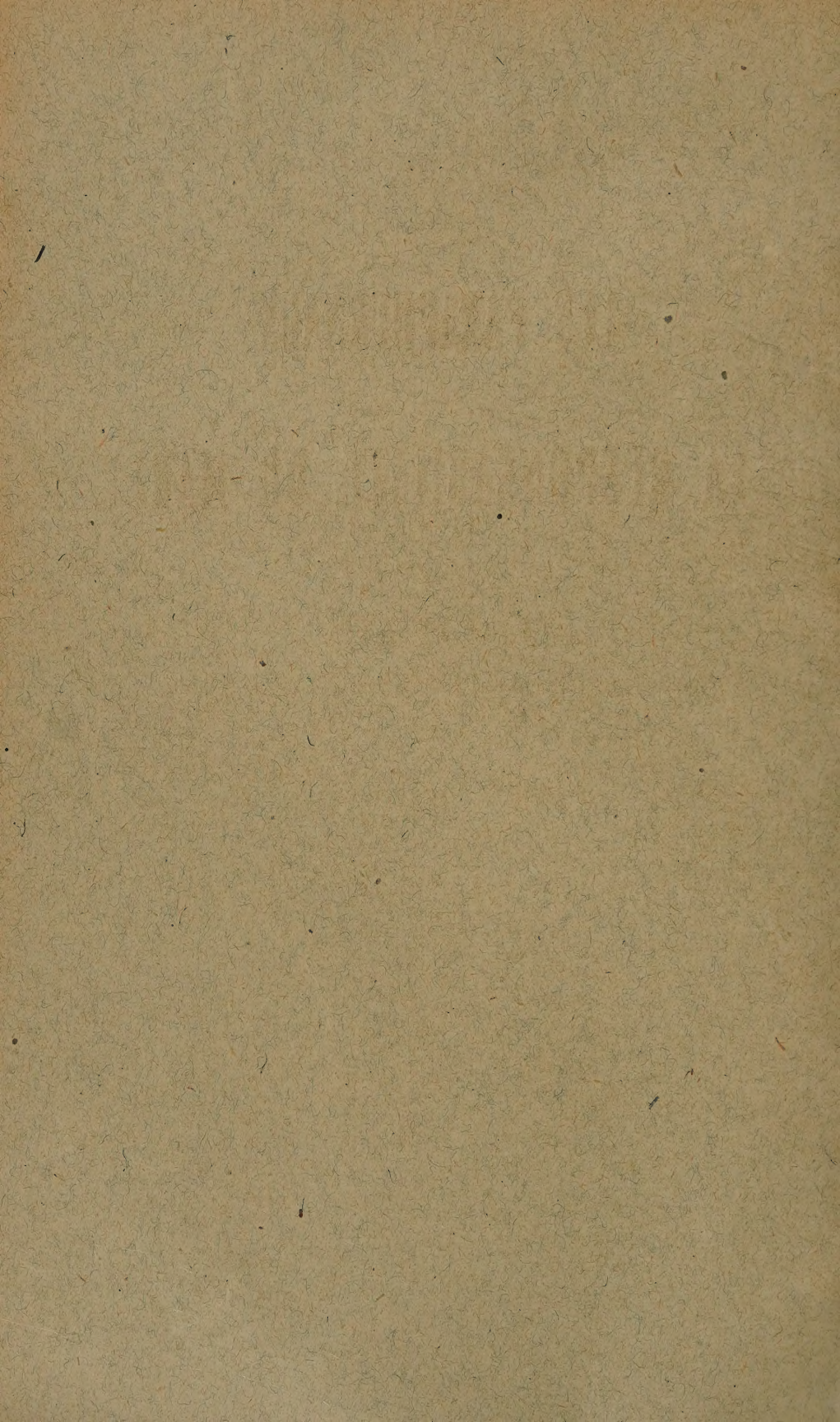
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

MONTPELLIER

IMPRIMERIE CAUSSE, GRAILLE ET CASTELNAU
19, Avenue de Toulouse, 19

—
1927



**LES PARAPHERNAUX
ET LA RESPONSABILITÉ DU MARI**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES PARAPHERNAUX ET LA RESPONSABILITÉ DU MARI

THÈSE

Présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

HENRI MOLLOR

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
(SCIENCES JURIDIQUES)

MONTPELLIER

IMPRIMERIE CAUSSE, GRAILLE ET CASTELNAU
19, Avenue de Toulouse, 19

—
1927

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

- MM. VALÉRY, Doyen honoraire, professeur de Droit commercial
MOYE, Doyen, professeur de Droit international public.
MORIN, Assesseur, professeur de Droit civil.
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Economie politique.
BOSC, professeur de Procédure civile.
VIALLETON, professeur de Droit civil.
VIARD, professeur d'Histoire du Droit.
GUENOUN, professeur de Droit romain.
GABOLDE, professeur de Droit criminel.
DIJOL, chargé de cours de Législation industrielle.
TISSET, chargé de cours de droit romain.
MAGNAN DE BORNIER, chargé de cours de Droit Constitutionnel.
COURTIN, chargé de cours d'Economie Politique.
VIGIÉ, doyen honoraire.
LABORDE, professeur honoraire.
DUBOIS, secrétaire.
ROCHETTE, secrétaire honoraire.



MEMBRES DU JURY

- MM. VIALLETON, *Président*.
BOSC, }
GABOLDE, } *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

- ABENSOUR. — Histoire générale du féminisme. Paris, 1921, Delagrave, éd.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, en 8 volumes, 4^e édition. Marchal et Billard, éd., Paris, 1869.
- APTALION. — La femme mariée, ses droits, ses intérêts pécuniaires. Paris, 1899, Pedone, éditeur.
- BARTIN. — Etudes critiques sur le régime dotal. Travaux mémoires de la Faculté de Lille, 1892. (Lille, au siège des Facultés).
- BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE. — Traité du contrat de mariage, t. VI, Paris, 1897-1898, Larose, éditeur.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — Traité des Hypothèques, t. II, Paris, 1895-1896, Larose, éditeur.
- BELLOU DES MINIÈRES. — Régime dotal et communauté d'acquêts. Bruxelles, Janssens-Delfossé, sans date.
- BENOIT. — Traité des paraphernaux. Grenoble, Prudhomme, édit., 1829.
- BONNECASE. — Régime dotal et féminisme. Thèse, Toulouse, 1905.
- BRIDEL (Louis). — Les droits de la femme et le mariage. Paris, Alcan 1893.
- BRISAUD. — Manuel l'histoire du droit français. Paris, 1904. A. Fontemoing, éditeur.
- CAPITANI (H.). — Preuve des Reprises sous le Régime de Communauté. Soc. du Recueil Sirey, 1925.
- CHARMONT. — Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier. Congrès international de droit comparé, t. II. Paris, impr. Lahure, sans date.
- COLMET DE SANTERRE et DEMANTE. — Code civil, t. VI. Paris. Plon, 1855-1885.

- COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de droit civil français. Paris, 1921. Librairie Dalloz.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale.
- Congrès International du droit des femmes de 1900, son compte rendu. Paris, Imprimerie des Arts et Manufactures, 1901.
- DELOISON. — La femme mariée en Angleterre. Thèse. Paris, 1921.
- DELZONS (Louis). — Le droit des femmes. Revue des Deux Mondes, 15 novembre 1906.
- DEPINAY. — Le régime dotal, Marchal et Billard, 1902.
- DUVAL. — Condition de la femme séparée de biens. Thèse. Paris, 1880.
- FENET. — Travaux préparatoires du Code civil. Paris, Videcocq, 1836.
- FOUGEROLLES (Marius). — Justifications requises des époux pour l'exercice de leurs reprises. (Nouveau répertoire général pratique de jurisprudence. Janvier, 1925).
- FURGOLE. — Questions remarquables sur la matière des donations. Toulouse, 1761. A. Birosse, éditeur.
- GIDE. — Condition privée de la femme. Paris, Durand, éd., 1867.
- GINOULHIAC (Ch.). — Histoire de régime dotal et de la communauté en France, 1842. Paris, Joubert, éditeur.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage. 1885-1889. Pedone-Lauriol, éditeur.
- JOUITOU. — Système du régime dotal, 2 volumes, 1888. Paris, Maresq, éd.
- LALOU (H.). — Les contrats de mariage sans déclaration d'apport. Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence. Dalloz, 18 nov. 1936.
- LEFEBVRE (Ch.). — Introduction à l'histoire du droit matrimonial français. Larose Forcel, 1899.
- LEFEBVRE (Ch.). — Le lien du mariage. Cours de doctorat. Paris, libr. Sirey, 1913-1923.
- LEFEBVRE (Ch.). — Le droit des gens mariés. Paris, Larose, 1908.
- LEFEBVRE (Ch.). — La famille en France dans le droit et dans les mœurs. Giard, 1920.
- LOCRÉ. — Commentaire et complément des Codes français, t. XIII. Paris, Treuttel, 1827-1832.
- LYON-CAEN. — La femme mariée Allemande. Thèse, Paris, 1903.

- MARCOTY (Georges). — Etude sur la séparation de biens 1894. Bruxelles, Alliance Typographique, éd.
- MARTIN (Olivier). — La coutume de Paris. Six cours professés à l'Université d'Utrecht en mars 1925. Société du Recueil Sirey, 1925.
- MEUNIER. — Réforme du régime matrimonial légal. Thèse, Paris, 1912.
- ODIER. — Traité du contrat de mariage, 1847. Paris, Cherbuliez, 1847
3 volumes.
- PUIVARAUD. — Hypothèque légale de la femme mariée. Thèse, 1879.
- Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1900 à 1926.
- RODIÈRE et PONT. — Traité du contrat de mariage, 3 volumes, 1868-1896.
Paris, Delamotte, éditeur.
- ROUSSILHE. — Traité de la dot, éd., Sacaze, Paris, 1856. A. Durand, éd.
Société d'Etudes Législatives. Bulletin 1922, p. 137, question n° 47.
- WAHL (A.). — Revue trimestrielle de droit civil, 1909, Les baux de plus
de 9 ans consentis sur les biens de la femme, sous les divers
régimes matrimoniaux.

LES PARAPHERNAUX ET LA RESPONSABILITÉ DU MARI

INTRODUCTION

Dans le régime dotal les biens possédés par la femme sont de deux catégories : d'une part les biens dotaux administrés par le mari, inaliénables en général même avec le concours des deux époux ; d'autre part les paraphernaux dont la femme conserve l'administration, et sur lesquels ses pouvoirs ne sont limités que par l'autorité maritale. Mais souvent la femme sous des modalités diverses, en fait, abandonne à son mari les pouvoirs qu'elle a sur ces biens.

Nous avons pris pour centre de notre étude la question des responsabilités du mari lorsqu'il s'ingère ainsi dans l'administration des paraphernaux. Le code, prévoyant, a réglé cette situation de fait, normale dans toutes les unions où la confiance et l'identité de vues règnent entre époux, et par suite fréquente déjà, ainsi que nous l'établirons, dès l'époque romaine.

Cette étude comporte l'examen de nombreuses espèces et des solutions pratiques que la jurisprudence leur a données, presque toutes d'ailleurs définitivement acquises. Nous nous sommes efforcé de grouper ces espèces, de rechercher les règles communes à chaque groupe, et

de présenter un tableau exact et complet de la situation des biens et des personnes dans les régimes séparatifs.

Mais nous avons dû auparavant, pour mieux comprendre ce régime de la paraphernalité, essayer de le situer dans le temps, en suivant les modifications que la pratique, sous l'influence des mœurs, lui a fait subir. Cette recherche était dans l'esprit général du Code Civil. « Les générations en se succédant, se mêlent, s'entrelacent, et se confondent. » (1)

Et ainsi par le cours de nos recherches, nous avons été amené à présenter une esquisse générale de ce régime de la paraphernalité, qui est une forme, juxtaposée à la dotalité, de la séparation des biens.

Comment arrivé à ce point, ne pas considérer la situation actuelle bouleversée depuis dix ans au point de vue moral et économique alors que, à côté de modifications parfois inutiles introduites dans le Code Civil, il n'a été rien changé aux règles des contrats de mariage. Tentative téméraire que nous avons essayée en conclusion à notre étude!

La famille traverse une crise qu'il faut craindre de voir s'accroître. La conception religieuse du mariage y joue un rôle moins important qu'autrefois; on va au mariage sans avoir de sa durée un sentiment très assuré; le mariage est de plus en plus infécond; l'égalité entre les époux est de plus en plus nette; le choix du régime à adopter est très important parce que si les besoins du ménage sont grands et s'il lui faut des capi-

(1) Fenet, I, page 481.

taux rapidement disponibles cependant jamais l'administration de ces capitaux ne fut plus dangereuse.

L'étude du régime des biens et de leur administration dans la famille avec, comme conséquence, l'indépendance ou la subordination des époux, se relie d'une façon très étroite à l'étude des conditions de durée et de force de l'union conjugale. En présence de besoins nouveaux vers quelle forme orienter nos régimes matrimoniaux?

Si on veut que la famille vive, il faut lui donner un statut de biens en rapport avec ses tendances nouvelles. Nous avons essayé d'envisager si le régime de paraphernalité peut devenir le régime le plus approprié.

CHAPITRE I

Histoire de l'administration des biens paraphernaux par le mari

Chez les Romains, à l'origine, il n'y avait pas de biens paraphernaux. Dans le régime avec *manus*, la personnalité de la femme était absorbée par celle du mari, elle ne pouvait posséder de biens propres. Ce ne fut que plus tard, dans le régime sans *manus*, à une époque où l'influence des Grecs se faisait pleinement sentir, qu'on trouva des paraphernaux (1) et l'origine hellénique de ce mot le prouve assez clairement. Tout d'abord ces biens durent consister simplement dans les objets d'usage personnel à la femme et encore celle-ci devait prendre la précaution de faire signer par son mari la reconnaissance de cet état de choses. C'est ce que nous prouve un fragment d'Ulpien au Digeste : « *nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum solet conferre, eumque libellum marito offerre, ut is suscribat, quasi res acceperit* » (2).

Plus tard, et ceci coïncidait avec l'émancipation de la femme, ces biens durent prendre plus d'importance. Dans la *Consultatio Veteris jurisconsulti* (3)

(1) Para phernè — à côté de la dot.

(2) 9 par 3 au Dig. XXII, tit. III.

(3) *Consultatio Veteris jurisconsulti*, II, 22 à 5, Textes de Droit Romain annotés par Fr. Girard, p. 662-663.

en effet, il est parlé, dans tout un paragraphe, du cas où le mari mandataire administre les paraphernaux, ce qui ne peut se concevoir que d'esclaves, de propriétés rurales ou urbaines car les meubles et les objets d'usage personnel ne demandent pas d'administration. Il n'en reste pas moins et l'importance des études qu'en font les jurisconsultes nous le prouve entre autres choses, que la dot eut toujours à Rome une place prépondérante et qu'elle était la base du régime matrimonial.

Mais il est curieux de voir qu'à Rome même on trouve déjà la situation prévue par notre code: le cas où la femme abandonne à son mari l'administration des biens paraphernaux. C'est un fait si naturel d'ailleurs qu'il a du exister de tout temps et dès que la femme a conservé dans le mariage une personnalité juridique distincte. Nous en avons la preuve chez les Romains dans un poème composé par un mari à la louange de sa femme qu'il avait perdue. Nous voulons parler de la *Laudatio Turiaë*. Voici comment il s'exprime: « *officia ita partiti sumus ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meae custodiam sustineres* ». Ce qui prouve entre autres choses que dans un ménage bien uni il y a sous tous les régimes deux époux qui se concertent pour le bien commun et une unité de direction de quelque côté qu'elle vienne. Il faut avouer qu'à cette époque de tels mariages étaient rares « *Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte non divortio interrupta* ». C'est toujours le mari qui parle. Ce n'est pas pour de telles unions qu'il est difficile de trouver un bon contrat, mais lorsqu'il faut aller contre les mœurs et les endiguer...

Au Bas Empire les abandons d'administration de la femme entre les mains de son mari n'ont fait que se dé-

velopper (1) et cela doit résulter encore d'une plus grande extension des biens paraphernaux. Dans la *Consultatio veteris jurisconsulti* nous trouvons un paragraphe entièrement consacré à cette situation (2). Il y est parlé notamment des cas où un mari a accompli sur les biens de sa femme des actes juridiques «*sine mandato et sine conscientia*». On y traite aussi du cas où le mari muni d'un mandat régulier a procédé à un partage «*fraudulenta vel minus æqualis*», — il sera bien entendu rescindable. Cela prouve qu'à Rome la femme employait le mandat, contrat si souple et d'étendue si diverse, pour confier à son mari lorsqu'elle avait foi en sa loyauté, la gestion totale ou partielle de ses biens propres. Mais le mari n'avait aucun pouvoir autre que celui que lui donnait la procuration de sa femme. C'est ce qu'on peut déduire de ce texte du bréviaire d'Alaric qui reproduit une constitution impériale «*Procurator, licet maritus sit id solum exsequi debet quod procuratio emissa praescripserit* » (3).

Cet abandon des biens de la femme aux mains de son mari est vue d'un œil favorable par les empereurs, mais comme c'est le droit ancien, «*jus vetus* », ils continuent de proclamer l'indépendance complète de la femme sur ses paraphernaux. D'une part ils écrivent «*ut vir in his rebus quas extra dotem mulier habeat quas Græci parapherna dicunt, nullam, uxore prohibente, habeat*

(1) C'est l'opinion de M. Lefèvre, Histoire du droit matrimonial français, p. 211.

(2) II, 2 et 3, *loc. cit.*

(3) L. 4, brev. d'Alaric (2-12).

communione » mais plus loin ils ajoutent que l'abandon de l'administration de ces biens entre les mains du mari est juste et normale. Ils l'écrivent ainsi « *quamvis enim bonum erat mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pari arbitrio gubernari.* » (1).

Chose plus curieuse, nous trouvons le cas des fruits appartenant en propre à la femme consommés en commun et Justinien proclame qu'on ne peut rien réclamer au mari à cet égard « *fructus in commune consumptos... discuti posse non credimus* » (2); ce qui a été développé d'une manière encore plus nette dans le Bréviaire d'Alarie. « *De fructuctibus inter maritum et uxore commune expensis et filiis et heredibus minime imputandis.* »

On trouve même un cas où la femme donne à son mari mandat par son contrat de mariage d'administrer ses paraphernaux. Ce sont des créances hypothécaires et il est dit dans l'instrumentum dotale « *ut loco paraphernorum apud maritum maneat* » (3). Les intérêts seront consacrés aux besoins du ménage mais la créance reste propre à la femme.

Voici donc qu'à la fin de l'empire romain, si la communauté n'existe pas, l'idée de direction commune dans le ménage se retrouve en maint endroit. Nous voyons là l'origine des articles 1577 à 1579 du Code civil. Si les rédacteurs du Code n'ont pas eu sous les yeux ces textes

(1) L. 8, C. (5-14).

(2) Nov. XIII (vers 570).

(3) L. 11, C. (5-14).

de la dernière époque juridique du Bas Empire, ils ont été amenés à des conceptions semblables devant une situation identique en fait.

Mais un souffle nouveau d'idées morales va bouleverser le monde antique. Nous voulons parler de la religion chrétienne et des œuvres des Pères de l'Eglise. ci vont relever la femme à laquelle nombre de peuples anciens avaient refusé une âme. Ils la font l'égale de l'homme au point de vue spirituel. Toutefois cela posé, ils lui donnent un rang inférieur dans le ménage et à la suite des Juifs, ils disent : la femme est la première coupable de la faute originelle, en punition, il faut qu'elle obéisse à son mari.

De là vont naître deux notions juridiques qui auront dans la suite des temps une influence prépondérante dans notre droit matrimonial.

De l'idée de subordination de la femme exprimée en ces termes « *sub potestate viri eris et ipse dominabitur tibi* » renaîtra la puissance maritale déjà si forte aux origines du droit romain et on en déduira que la femme ne peut accomplir aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari.

De l'idée que la femme est l'égale de l'homme « *adjutorium simile sibi* », qu'ils accomplissent dans le ménage une œuvre commune chacun avec ses moyens « *erunt dua in carne una* », on déduira que la femme après avoir fourni sa collaboration dans le ménage doit recueillir sa part de bénéfices à la dissolution. C'est la notion des acquêts de la communauté.

Si cette idée n'a pas fructifié dans les pays de droit

écrit et si elle s'est spécialement développée dans ceux où sont venues s'établir en majorité les peuplades germaniques, c'est que ces peuples neufs, ayant un faible bagage juridique, se sont laissés plus facilement marquer de l'empreinte des idées chrétiennes alors en pleine voie d'extension. (1)

C'est dans la loi Ripuaire qu'on rencontre un faible début de l'idée de communauté. La femme, y est-il dit, pourra prendre un tiers de ce que le mari laisse à son décès, ce qui est appelé « *quod simul collaboraverunt* ». La notion de biens communs chemine et dans sept ou huit siècles elle aura acquis son plein développement.

Laissant de côté le régime de communauté, examinons le régime dotal cantonné dans les pays qu'on est convenu d'appeler le droit écrit c'est-à-dire dans le midi de la France. Ici le droit romain modifié par les coutumes locales était la grande loi du pays. D'abord inspiré du Code Théodosien, importé en Gaule et fixé par les diverses *leges romanae* codifiées par les barbares, il s'était plus tard, à l'époque de la renaissance des études romaines, laissé influencer et modifier par le droit de Justinien. Avant de disparaître, ce droit avait trouvé vers 1785 un savant praticien du Dauphiné pour exposer le système du régime dotal, Roussilhe (2).

(1) Martin. La Coutume de Paris. Six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht : Cet auteur en parlant de la coutume de Paris s'exprime ainsi (p. 6) : « Mais ce droit nouveau subit aussi et surtout l'influence des conditions sociales nouvelles notamment... la lente imprégnation des idées religieuses. »

(2) Roussilhe. Traité de la Dot.

L'importance des paraphernaux à cette époque dut être notablement diminuée du fait qu'il était d'usage en mariant et en dotant les filles de les faire renoncer aux autres biens qu'elles eussent pu par succession recueillir de leurs parents. Cette coutume existait non seulement dans les pays de droit écrit mais aussi dans ceux de droit coutumier. Il était même des coutumes d'exclusion des filles mariées: citons comme exemple celle d'Auvergne: « La fille mariée par les défunts.... ainsi est forclosée des dites successions, ne peut demander légitime ni supplément d'icelle; toutefois si elle n'a pas été dotée, elle peut requérir d'être dotée, selon que les autres filles de la maison, si aucune il y en a, ont été dotées » (1). Dans ces pays-là l'importance des paraphernaux eut été nulle si l'usage n'eût pas été pour les parents de faire un rappel, c'est-à-dire par un acte de leur volonté, de faire accéder leur fille à leur succession dont sans cela elle eût été exclue.

Il en est de même dans beaucoup de villes du Midi en ce qui concerne les coutumes bourgeoises car « les pays de droit écrit étaient loin de ne connaître d'autre droit que le droit romain: le président Bouhier disait qu'il n'y avait aucune province, même parmi celles qui le respectaient le plus, qui ne fût coutumière à certains égards... et le droit romain n'était pas appliqué quand il se trouvait en contradiction avec une ordonnance royale ou avec une coutume générale ou locale » (2). Nous

(1) Coutume d'Auvergne, art. 35, tit. 12.

(2) Marion. Dictionnaire des institutions de la France aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, V^e Coutumes.

avons pu spécialement le constater à Narbonne. Dans la coutume de la ville, modificatrice du droit romain, les filles dotées n'ont rien à prétendre de la succession de leurs parents. Voici le latin du ^{xii}^e siècle dans lequel s'exprime à ce sujet l'article 4 de la coutume: « *Filia ex quo semel pater maritaverit eam et dotaverit sive de pecunia sua, sive de honore sua; mortuo ipso patre ab intestato, sive cum testamento, relictis filiis conjugatis vel non conjugatis, nihil possit petere in bonis paternis, nisi pater ei donaverit vel demiserit et bona ipsius patris intestati remaneant per equales partes filiis conjugatis tam non conjugatis et filiabus tantum non conjugatis.* (1)

(1) A Narbonne la coutume de la ville a été codifiée le 24 février 1234 par Aymeric, vicomte de la ville. Il en existe plusieurs manuscrits soit en latin, soit en roman conservés aux archives municipales (AA 99 1^o thalamus f^o 50)). Il est intéressant de constater en quel sens après avoir modifié le régime des paraphernaux, elle créait un régime original à propos du droit matrimonial des biens. Il y existe un mélange de dotalité et de communauté. Le mari a la moitié de la dot de son vivant; « *pro mobili* » il peut en disposer. La femme au décès du mari recueille l'autre moitié de la dot « *quæ vocatur hereditas* », ensuite le tiers des meubles et la moitié des acquisitions faites dans le ménage, tout ceci après qu'on aura payé les dettes du mari. Ainsi, comme l'ont réalisé des codes modernes un régime de séparation s'allie à des dispositions dans lesquelles la femme est appelée à participer aux gains du ménage. Tout ceci est d'ailleurs écrit dans un latin quelquefois obscur. Nous donnons pour mémoire le début du texte de l'article 14 de la coutume relatif au droit commun matrimonial: « *Si aliquis ducat uxorem hoc expresse quod secundum consuetudinem Narbone ducat eam, vel non expresse, dummodo pacta alia non apponantur, maritus habet medietatem mobilium et immobilium dotis pro mobili, id est ad faciendum suam voluntatem sive præmoriatur ipse vel ipsa. Mulier vero si supervixerit viro, liberis existentibus ex eo matrimonio, habeat præter*

De plus la femme abandonne le plus souvent l'administration des paraphernaux lorsqu'elle en a, (1) au profit de son mari et cela porte les jurisconsultes à discuter sur les conséquences pratiques de cette situation. D'après Bartole et Bretonnier le mari qui les administre du consentement tacite de sa femme n'a pas à rendre compte des fruits pourvu qu'il les emploie à l'usage de la famille. Pour Menochius au contraire le mari peut les employer pour l'usage qui lui convient (2).

On trouve au XVIII^e siècle des décisions jurisprudentielles se rapportant à ce cas d'abandon d'administration aux mains du mari. Un arrêt du Parlement de Toulouse du 6 juillet 1744 avec une semblable situation est cité par Furgole dans sa question xxv^e sur les donations (3). Il s'agissait de savoir si, en dehors d'une constitution expresse décidant de la nature des biens dans le régime dotal, ceux-ci sont dotaux ou paraphernaux. Le fils d'une femme mariée sous le régime dotal invoquait entre autres raisons pour prouver la dotalité d'un bien et de la déduire la nullité de sa vente « que le mari avait joui de tous les biens de sa femme tant que

dimidiam dotis quæ vocatur hereditas, quam recuperet in omnibus mobilibus tertiam; medietatem vero in possessionibus acquisitis post matrimonium contractum, solutis tamen, primo, de mobilibus antequam mulier recipiat dictam tertiam, debitis viri sui quemcumque contractis et debito dotis... »

(1) Cet abandon peut-être attribué, en partie, à l'ignorance, à l'absence d'instruction plus grandes dans l'ancien régime chez les femmes que chez les hommes. Marion Ibid. V^e Enseignement.

(2) Roussilhe. De la dot. Ed. Sacaze, p. 117.

(3) Furgole. Questions remarquables sur la matière des donations. Toulouse, 1761, p. 198.

le mariage avait duré, ce qui faisait voir l'intention de la femme de se constituer tous ses biens en dot. » Ainsi donc, voilà encore cette situation de fait retrouvée dans la pratique des pays de droit écrit, chose bien naturelle puisqu'elle a selon l'expression de Furgole « pour fondement... la tolérance de la femme et l'étroite amitié qui unit les conjoints » (1). Enfin ce n'est selon l'expression du même auteur qu'une situation de fait et ce n'est point un motif pour présumer de la nature du bien puisque la femme « après avoir permis l'administration pendant un certain temps, la lui peut interdire selon la loi 8, cod. de pactis conv. » (2).

La situation du mari pour ce qui est de sa responsabilité au sujet des fruits qu'il avait perçus, était moins bonne qu'elle n'est actuellement. En effet, malgré quelques divergences entre les juriconsultes, on décidait généralement qu'il était seulement dispensé de rendre compte lorsque les fruits avaient été dépensés dans l'intérêt du ménage.

Enfin d'après Roussilhe la question la plus délicate en cette matière était de savoir si la femme avait réellement abandonné l'administration au mari. Si elle lui a donné un mandat exprès, il n'y a pas de difficulté. Il est beaucoup plus difficile de prouver un mandat tacite et de déduire de faits ou d'abandons de la femme sa volonté de donner l'administration à son mari (3).

(1) Furgole, *loco cit.*, p. 188.

(2) Furgole, *loco cit.*, p. 189.

(3) Roussilhe. De la dot. Edition Sacaze, p. 118.

La Révolution, avait paru vouloir donner à la femme une situation plus indépendante. Les idées d'égalité semblaient au début de celle-ci n'avoir pas été proclamées et adoptées au seul bénéfice des hommes. Et Cambacérès dans son premier projet du Code Civil supprimait la puissance maritale et prévoyait une communauté dans laquelle l'homme et la femme auraient des pouvoirs égaux. En 1804, il n'est plus question de cela : la pensée du premier consul imprime sur le titre du contrat de mariage sa vigoureuse empreinte. Pour lui, le rôle de la femme dans le ménage est d'obéir au mari et de donner au pays ainsi qu'à la famille une nombreuse postérité. De là l'article 217 du Code Civil, article qui débordant sur tous les régimes déclare que la femme « même non commune.. ne peut... aliéner... sans le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit » ; il ne lui reste plus, pour les paraphernaux, que le pouvoir d'accomplir les actes d'administration.

Ainsi est étendu à ces mêmes biens, par le fait de la codification, le principe de l'autorité maritale qui règne en maître sur le pays de droit coutumier. Déjà les coutumes du Lyonnais plus directement influencées par le droit parisien avaient modifié en ce sens le droit romain. Notre Code Civil rapproche par cette extension le régime des biens paraphernaux et celui des propres de communauté.

Actuellement le régime dotal est devenu un régime conventionnel et ne peut résulter que d'une adoption expresse par les époux lors de leur contrat de mariage.

L'étendue des biens qui sont paraphernaux et de ceux qui sont dotaux résultera donc des clauses du contrat.

L'article 1542 indique les principales combinaisons qu'on peut utiliser en cette matière. « La constitution de dot peut frapper tous les biens présents et à venir de la femme ou tous ses biens présents seulement, ou une partie de ses biens présents ou à venir ou même un objet individuel. » Avec les progrès de l'art notarial et les règles de l'interprétation données par le Code, il sera dès lors rare qu'on ne puisse déterminer avec certitude la dotalité ou la paraphernalité d'un bien.

Lorsque la femme se constitue en dot tels et tels biens déterminés par contrat de mariage, ceux-là seuls seront dotaux. Mais si par ce même contrat, elle se constituait tous ses biens, cette formule ne s'étendrait qu'aux biens présents de la femme. Les biens qu'elle pourrait acquérir pendant le cours du mariage seraient paraphernaux. Si la femme voulait que tous les biens qu'elle viendrait à acquérir par la suite soient dotaux, il faut qu'elle se constitue ses biens à venir en dot. Si elle se constitue ses biens présents et à venir en dot, il n'y aura jamais de biens paraphernaux.

Une clause de dotalité, même portant sur des biens à venir ne peut porter que sur les biens qui adviendront à la femme pendant la durée du mariage. Le mariage étant dissous le contrat formé à son origine n'a plus d'effet et il ne peut plus y avoir de distinction dans le sens indiqué plus haut. Si quelques effets de la dot peuvent se continuer quand le mariage n'existe plus, les biens qu'acquiert la femme à cette époque ne sont plus ni dotaux, ni paraphernaux.

Lorsqu'une clause de constitution de dot revêt des formes douteuses, on l'interprète restrictivement c'est-à-dire en faveur de la paraphernalité. On obtient ce résultat par la combinaison de l'article 1534 alinéa 2 qui porte que « la constitution en termes généraux de tous les biens de la femme ne comprend pas les biens à venir » et de l'article 1574 « tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux ». En droit romain au contraire dans le même cas, on interprétait en faveur de la dotalité, ceci pour que la femme ne soit pas sans dot: « *ne fieret indotata* » et parce qu'on désirait avant tout donner effet aux clauses d'un contrat.

La dot ne peut être augmentée pendant la durée du contrat de mariage, telle est la règle portée par l'article 1543 du Code Civil. Un donateur ne peut donc par le fait qu'il exige la dotalité dans la donation faite en dehors du contrat de mariage à une femme dont les biens présents et à venir sont paraphernaux, rendre ces biens dotaux. Au contraire un donateur pourrait donner des biens avec la condition expresse qu'ils seront paraphernaux même s'ils devaient être dotaux d'après les propres termes du contrat de mariage. Cette règle est particulière au régime dotal et elle est contraire à la tradition du droit romain. Le Code a voulu évidemment que les tiers, après lecture des clauses du contrat ne puissent être surpris de l'existence des biens dotaux impossible à prévoir.

Il est donc très facile de déterminer l'étendue des biens dotaux et de là celle des biens non dotaux, donc paraphernaux, puisqu'il n'existe dans ce régime que ces deux catégories de biens.

Ceci posé, il nous reste à exposer le plan qui nous a été tracé par les divisions naturelles de notre sujet.

D'un côté nous sommes en présence d'actes d'aliénation. La femme comme nous l'avons vu ne peut les accomplir qu'autorisée par son mari. Or celui-ci du fait de son autorisation ou de son immixtion dans l'acte, suivant les cas, peut encourir l'obligation de restituer à la femme le prix dont il est responsable.

Il peut aussi encourir des responsabilités du fait des actes d'administration qu'il accomplit pendant le mariage sur les biens paraphernaux. Ici la femme a le pouvoir d'agir ; le mari aura des comptes à lui rendre s'il accomplit les actes qui sont réservés à l'épouse par la loi. Ceci se produit du fait de l'abandon de ces pouvoirs par la femme.

De là, nous sommes conduit à examiner les garanties que la loi donne à la femme pour exercer avec plus de sûreté les créances qu'elle a contre son mari c'est-à-dire le mécanisme de l'hypothèque légale envisagée dans les particularités qu'elle présente en notre matière.

Enfin la femme peut avoir à reprendre en nature des meubles qui se sont confondus avec ceux de son mari. Une loi récente, elle est du 24 avril 1924, modifie en cette matière les règles que le Code avait prévues en matière de communauté d'acquêts. Cette loi est-elle générale et s'applique-t-elle à notre cas ?

Après examen avec quelques détails, des conséquences pratiques de ces situations, on pourra se demander où nous en sommes depuis 1804 par rapport aux idées et aux mœurs. Il y a plus d'un siècle nos idées paraissent au monde entier être celles de révolutionnaires

et de novateurs, or depuis ce temps en matière de contrat de mariage nous n'avons pas bougé et nos voisins ont refait leurs codes. Les idées féministes et la situation économique ont évolué. On sent devant ces faits le désir de savoir si nous sommes en cette matière des traditionnalistes pleins de sagesse ou des juristes attardés devant le progrès. Telle sera une des questions que nous nous poserons dans notre conclusion.

CHAPITRE II

**De la responsabilité du mari qui participe à la vente
des paraphernaux de sa femme. Extension de l'article 1450**

La femme paraphernale ne pouvant aliéner sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, suivant l'article 217 du Code, il y aura, en cas de vente, autorisation maritale ou autorisation supplétive de la justice. Le mari peut être responsable au sujet de cette vente. Nous verrons qu'il faut alors appliquer l'article 1450 écrit au chapitre de la séparation de biens judiciaire: « Le mari n'est pas garant du défaut d'emploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de justice à moins qu'il n'ait concouru au contrat ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont tourné à son profit. Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi si la vente a été faite en sa présence ou de son consentement; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi ». Cette extension n'a été faite qu'après de longues controverses qui remontent à la fin de l'ancien droit.

La discussion portait au XVIII^e siècle sur le cas de la séparation de biens judiciaire et Pothier, qui résume la discussion, se prononce pour la responsabilité du mari. « Il est responsable, non seulement comme légitimement suspect de se les être appropriés (les deniers), mais

encore pour une autre raison qui est que la femme séparée demeure, quant à sa personne et quant à la disposition de ses biens, sous la puissance et le gouvernement de son mari ». (1).

Il cite ensuite deux arrêts du Parlement de Paris en faveur de la responsabilité du mari et un en sens contraire, mais qui ne pouvait venir à l'encontre de sa thèse. C'était un cas spécial où la femme reconnaissait avoir employé le prix « en actions qui étaient venues à rien » (2).

Ceci se rapporte au droit des pays de communauté; en droit écrit, la femme pouvant disposer librement des paraphernaux comme si elle n'était pas mariée, le mari n'était pas responsable, même s'il avait assisté à la vente, sa présence étant inutile et superfétatoire. Cependant, certains auteurs, comme Balde (3) et Bartole (4), avaient l'opinion contraire. Le président Favre nous apprend que le Tribunal de Chambéry s'était prononcé pour la responsabilité du mari, mais il ajoute qu'il était d'une opinion contraire à l'arrêt (5).

Le Code civil vient, en son article 1450, consacrer la dernière jurisprudence du Parlement de Paris en matière de séparation de biens judiciaire; il ne reste donc dans le doute que la question de l'extension de ce prin-

(1) Communauté, 605.

(2) Recueil d'arrêts de la 4^e Chambre des Enquêtes, 27 avril 1748.

(3) Consultation, 124.

(4) *In authentiq. si qua mulier cod. ad senat. consult. Velleian.*

(5) *De jure dotium*. Liv. 5, tit. VII définit. 8.

cipe à la séparation de biens contractuelle et aux paraphernaux.

Nous approuvons cette extension d'accord en cela avec la jurisprudence la plus récente (1). Mais il n'est pas superflu de résumer une controverse dans laquelle la Cour de Toulouse a rendu dans la première moitié du siècle précédent trois arrêts contraires à l'extension de l'application de l'article précité.

Le principe juridique sur lequel se fonde la responsabilité du mari est celui qu'invoquait Pothier, il y a un siècle et demi, c'est la puissance maritale. Le femme, par l'article 217 du Code civil est frappée d'une incapacité d'exercice. Le mari qui habilite sa femme relève de cette règle générale, qui veut que toute personne, en autorisant un incapable, soit responsable à ce sujet de toute négligence et de tout défaut de surveillance.

Et l'on ne peut objecter que dans l'ancien droit écrit, la femme aliénait ses paraphernaux hors de toute responsabilité du mari. L'article 1576 a expressément étendu le principe de l'autorisation maritale à la vente des paraphernaux. Il y a quelque chose de changé depuis le Code civil. Le mari est responsable en tant qu'il autorise; dans l'ancien droit, il ne pouvait l'être puisqu'il était étranger à la vente.

De plus, le mari « est légitimement suspect de se les être appropriés et doit en conséquence en être rendu responsable ». Malgré tous les régimes de séparation

(1) Civ., Cass. 27 avr. 1852, D. 1852-1-162 et Civ., Cass. 25 avr. 1882, D. 82-1-371.

qu'on ait pu imaginer, l'ascendant du mari sur la femme est dans la plupart des cas un fait indéniable. Une femme ne lui refusera presque jamais s'il le lui demande instamment, soit par menaces, soit par persuasion, de lui laisser encaisser le prix. Il n'assiste le plus souvent à l'acte que dans cette intention. C'est ce que veut dire l'article 1450, dans ses deux termes présence et consentement, il indique les deux motifs sur lesquels se fonde la responsabilité du mari. Et cet ascendant sera encore plus fort dans le cas de la paraphernalité où le lien conjugal conserve toute sa vigueur que dans le cas de la séparation de biens judiciaire, où celui-ci court le risque d'être moins intact et moins solide: c'est pourquoi il faut appliquer à fortiori l'article 1450.

Si on objectait que le législateur n'a pas prévu expressément le cas de vente des paraphernaux, il faudrait rappeler que les articles concernant le régime dotal n'ont été rédigés que tardivement, que ce régime a été réglementé d'une façon assez brève et que pour compléter les dispositions du Code, il faut se rapporter soit à l'ancien droit, ce qui n'est pas ici le cas, soit comme en notre espèce aux principes généraux qui régissent les régimes matrimoniaux.

Enfin, les conséquences pratiques de sa non application nous feront conclure affirmativement d'une manière impérieuse. N'appliquons pas l'article 1450 et le mari pourra dissiper impunément et sans être justiciable d'aucun recours, le prix des biens vendus de sa femme. Au contraire, avec la jurisprudence actuelle, si un mari se trouve par hasard responsable d'un prix

qu'il n'a pas touché, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même puisqu'il aurait pu s'abstenir d'autoriser dans l'acte de vente ou exiger préalablement un remploi de sa femme.

On peut souligner encore que la solution contraire permettrait à la femme de faire à son mari des donations irrévocables conformément au principe de l'article 1096 du Code civil.

Il convient cependant d'examiner de près les arguments de la Cour de Toulouse qui, par trois fois, a jugé la non application de l'article 1450 aux biens paraphernaux et qui, dans son arrêt du 15 novembre 1849, a développé ses arguments avec le plus de rigueur possible. (1).

Elle dit d'abord que l'analogie n'est pas parfaite entre la femme paraphernale ou séparée par son contrat, et la femme séparée judiciairement, puisque cette dernière peut aliéner librement ses meubles, tandis que l'autre ne le peut pas. Or, cet argument n'a pas de valeur aujourd'hui, puisque la dernière jurisprudence décide que l'article 1449 ne permet à la femme d'aliéner ses meubles que pour les besoins de son administration. Il n'y a donc plus aucune différence entre les deux cas (2).

Elle ajoute que « l'inaliénabilité de la dot maintient comme assurée une partie des accords matrimoniaux ».

(1) C. Toulouse, 15 mai 1834, S. 35-2-17; C. Toulouse, 27 mars 1840, S. 40-2-304; C. Toulouse, 15 nov. 1849, S. 50-2-499.

(2) Civ., 2 décembre 1885, D. 86-1-294; Paris, 14 nov. 1887, D. 88-2-266; Req., 24 oct. 1906, D. 1907-1-14 (S. 1910-1-482).

Cet argument est d'une faiblesse extrême. Peu importerait à la femme de perdre le prix de vente des paraphernaux parce qu'il lui resterait la dot. C'est, nous croyons, une faible consolation. On ne pourrait l'invoquer si le contrat de mariage portait que tous les biens présents ou à venir de la femme sont paraphernaux. En aucun cas, d'ailleurs, on ne peut accepter de perdre une partie de son avoir parce que l'autre est bien protégée.

Nous arrivons à l'argument principal: que la responsabilité de l'article 1450 est trop onéreuse pour pouvoirs'étendre d'un régime à un autre, qu'il faudrait une disposition générale et que « les cas de responsabilité légale ne peuvent résulter que d'une disposition expresse de la loi ».

Mais nous avons montré que le principe de l'article 1450 dérive de l'autorité maritale. On ne peut étendre d'un cas à un autre les dispositions extraordinaires de la loi ou contraires à l'esprit général du droit. Comme le dit l'adage latin « quod contra juris ratione receptum est non est producendum ad consequentias » (1). Au contraire, l'article 1450 dérive du grand principe que la femme est sous la dépendance morale de son mari, d'où on en déduit qu'il faut la protéger contre elle-même et cela cadre bien avec les dispositions qui suspendent la prescription entre époux et établissent l'hypothèque légale.

(1) Loi 14. De legib. senat. consult.

La Cour de Toulouse écrit encore que le mari séparé judiciairement est un insolvable qui a mis en péril les apports de la femme, tandis que le mari dotal n'inspire pas les mêmes soupçons. Or, il ne s'agit ici ni d'insolvabilité, ni de garantie hypothécaire, mais de l'existence d'une créance. Et la femme paraphernale sera désarmée évidemment contre un mari même solvable si la loi ne lui donnait aucune créance contre lui.

Le mari peut être responsable dans deux cas : si la femme est autorisée par la justice ou s'il l'a autorisée dans l'acte de vente. Dans ce dernier cas, l'article 1450 semble exiger, puisque ce sont ses propres termes, « sa présence et son consentement ». Mais la majorité des auteurs est d'accord pour supprimer le mot présence et dire que c'est le consentement qui oblige le mari.

Pour Marcadé, toutefois, l'article 1450 établit une présomption. Le mari est présumé avoir touché le prix de vente. Et comme pour l'avoir reçu, il faut qu'il ait été présent, il faudra dire que seule la présence rend le mari responsable du défaut de remploi. Il en serait de même d'après lui si le mari n'ayant pas assisté à la vente qu'il a autorisée, assistait la femme dans sa liquidation. Il suffirait donc pour fonder la responsabilité que le mari soit présent au moment de la libération (1).

Nous voyons difficilement comment on peut faire rentrer l'article 1450 dans la théorie des présomptions légales. On ne peut l'assimiler à aucun des 4 cas pré-

(1) Marcadé. Tome V, sur l'article 1450.

vus par l'article 1350. Et sa place nous oblige à l'expliquer par les principes généraux de notre droit matrimonial.

D'ailleurs, Marcadé se contredit en terminant. Il faut étendre dit-il la responsabilité du mari à la paraphernalité parce qu'elle résulte de son influence sur sa femme et qu'elle est plus grande encore dans ce dernier cas puisque la femme n'a pas les motifs de dé fiance, comme lorsqu'elle a demandé la séparation judiciaire. C'est revenir à l'argument de Pothier qui est le nôtre et il n'est plus question de présomption d'avoir touché le prix.

Cette solution de Marcadé serait dangereuse pour la femme, le mari s'abstenant au moment du versement aurait la possibilité de se faire remettre plus tard les deniers et cela sans aucune responsabilité.

Laurent fait une objection beaucoup plus délicate: le mari, dit-il, autorise sa femme à vendre, mais vendre et recevoir les deniers sont deux choses. La femme autorisée à vendre peut librement recevoir les deniers puisqu'une femme paraphernale, ou séparée, peut donner quittance d'une somme d'argent. Donc le mari qui autorise seulement à vendre ne peut être responsable du défaut d'emploi puisqu'il est complètement étranger au versement et que c'est un simple acte d'administration. (1).

Mais comme nous l'avons dit plus haut, cette responsabilité est la conséquence des devoirs attachés à l'autorité maritale.

(1) Laurent. Principes du droit civil français, t. XXII, n° 328.

De plus, c'est une distinction bien théorique que l'on fait entre la vente et la perception du prix ; le mari, en autorisant, ne sait-il pas que la femme sera payée dans un temps plus ou moins long ? Et la communauté de vie et d'intérêts qu'il a avec elle ne l'oblige-t-il pas dès lors à envisager ce fait dès l'autorisation ?

On dit encore que l'autorisation seule ne peut obliger le mari en vertu de l'adage « qui auctor est se non obligat ». On ajoute que là où le Code a voulu que l'autorisation obligeât le mari dans l'article 1419 de la communauté légale, il a usé d'une disposition expresse (1).

Il faut remarquer que la solution de l'article 1419 est amenée par l'union étroite qui existe dans son hypothèse entre les biens communs et les biens propres du mari. De plus, au point de vue pratique, le mari ne peut jamais être appauvri en ce cas parce qu'il aura à la dissolution du mariage une récompense contre la communauté.

Enfin, il faut préciser le vrai sens de cette maxime romaine. Elle veut simplement dire que celui qui use de son auctoritas pour compléter les pouvoirs d'un incapable ne s'engage pas directement vis-à-vis des tiers avec lesquels traite cet incapable.

(1) Article 1419. « Les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement de son mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme ; sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité du mari,

Si l'on fonde, comme nous l'avons fait avec Pothier la responsabilité du mari sur les devoirs que lui donne la puissance maritale, article 217, il est évident que la seule autorisation oblige le mari. (1).

La Cour de Cassation, chaque fois que cette question lui a été soumise a jugé dans le sens de la tradition (2) : elle dit qu'aux « termes de l'article 1450 du Code civil, le mari est garant du défaut d'emploi du bien dotal (3) aliéné avec son concours, et que l'autorisation par lui donnée à cette aliénation suppose son concours, soit qu'il ait été présent à l'acte, soit qu'il n'y ait pas assisté ». En 1891, elle n'a pas cassé un arrêt de la Cour d'Angers en sens contraire parce que cet arrêt décidait qu'en fait la femme avait profité des deniers. Cette déclaration de fait dont la Cour Suprême n'était pas juge suffisait à motiver l'arrêt (4).

Si on se rapporte à l'ancien droit, on s'aperçoit que les mots présence et consentement en sont un souvenir malencontreux. Au XVIII^e siècle, sous l'influence des textes romains de la tutelle, on exige que l'autorisation du mari pour les actes extra-judiciaires soit donnée dans une forme solennelle : « j'autorise et habilite ma femme ». C'est pourquoi, pour être dans le vrai, il faut inclure la présence dans le fait du consentement.

(1) Dans le même sens, Trolong, Rodière et Pont, Benech, Dutruc, Aubry et Rau, Colmet de Santerre, Guillaouard.

(2) Req. 1^{er} mai 1848, Dall-1848-1-220.

(3) Il faut entendre de bien dotal, en ce cas, biens apportés par la femme ; en l'espèce les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens

(4) Civ. 8 juill. 1891, Dall. 1893-1-388.

Actuellement, l'autorisation du mari lorsqu'il n'assiste pas à l'acte, peut être donnée seulement par écrit ; mais la présence à l'acte suffit à autoriser tacitement la femme. Ainsi, la responsabilité de l'article 1450 s'appliquerait, croyons-nous, si le mari était covendeur avec sa femme dans un même acte, bien que quittance du prix de vente fut donnée dans des quittances distinctes.

Bien plus, le mari peut être rendu responsable, lorsque la dissipation de la fortune de sa femme résulte d'un quasi délit qu'il a commis. Il y a un arrêt de la Cour de Rennes du 1^{er} février 1862 en ce sens (1). Le mari se trouvait hors de l'application de l'article 1450, mais la Cour a jugé que n'étant pas responsable de l'emploi des capitaux de sa femme, il avait toutefois, par une sorte de contrainte morale obligé celle-ci à les dissiper. La Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi du mari, celui-ci pouvant se trouver comme tout autre personne sous l'application de l'article 1382, y eut-il seulement comme en notre cas, les sollicitations d'un époux et l'abus par celui-ci de son ascendant sur sa femme.

Si la vente de l'immeuble paraphernal a été faite avec l'autorisation de la justice, le mari est responsable s'il a concouru à l'acte. Sa présence étant inutile, le seul but de son intervention n'a pu être que de toucher le prix.

Mais si le mari n'était pas intervenu à l'acte, la femme pourrait toujours prouver qu'en fait, il a pro-

(1) Req. 13 août 1863, Dall. 1863-1-463.

fité du prix et ceci par tous les moyens de preuve, puisqu'il ne lui était moralement pas possible de se procurer un écrit. (1).

Quels sont les faits que le mari pourra établir pour écarter la responsabilité qui pèse sur lui à raison de l'article 1450 ? Le mari ne pourra se contenter d'établir que c'est la femme qui a touché le prix. L'article 217 qui fonde sa responsabilité l'oblige à veiller à la conservation de la fortune de sa femme (2).

En laissant le prix entre ses mains, il n'a pas pris de précautions suffisantes, la femme peut toujours le dissiper; en conséquence, la loi ne lui donne pour se mettre hors de cause que la preuve d'un emploi ou d'un remploi.

Qu'est-ce que l'emploi ou le remploi ? En la matière la plus voisine de notre sujet, pour la dot, l'emploi est la clause du contrat de mariage qui permet au mari de transformer les deniers dotaux en immeubles qui le deviennent aussi. Le remploi est une clause de ce même contrat qui permet d'aliéner la dot à condition de la transformer à nouveau en un immeuble ou en une valeur mobilière sûre, suivant les cas.

En notre cas, la différence entre les mots emploi et remploi, si on n'admet pas une simple répétition des auteurs du Code civil, ne doit pas être cherchée dans l'origine des deniers, mais dans leur destination. Le mari pourra se couvrir de sa responsabilité en payant

(1) Aubry et Rau, t. V; p. 407, note 74 et texte 4^e éd.

(2) Civ. 8 juill. 1891, Dall. 1893-I-388, note 2.

les dettes de sa femme, c'est le cas de l'arrêt d'Angers du 5 février 1890 déjà cité, c'est un emploi. Ou bien, il obligera la femme à acheter un immeuble, c'est un emploi. Mais en aucun cas, il ne pourra mettre sa responsabilité à couvert en prouvant que la femme a touché le prix.

Mais du moment qu'un emploi a été fait, la responsabilité du mari est à couvert, fut-il désastreux pour la femme. Le Code dit expressément que le mari n'est pas responsable de l'utilité de l'emploi.

Il n'y aurait pas emploi si l'achat d'un immeuble en remplacement du prix de la vente avait été effectué par le mari sans mandat de sa femme ou malgré son opposition. Pour qu'il ait lieu, il faut que la femme soit rendue propriétaire. Et comme dans le régime de communauté, croyons-nous, le mari pourrait faire une offre de remploi à sa femme et celle-ci ne l'accepter que plus tard.

Nous avons admis la responsabilité du mari lorsqu'il assiste à la vente d'immeubles paraphernaux, mais que va-t-il se passer lorsqu'il s'agit de meubles ? Il faut, comme point de départ, assimiler complètement quant aux pouvoirs de la femme, les paraphernaux aux biens de la femme séparée. La paraphernalité, a-t-on dit, est une séparation de biens limitée.

L'article 1449, 2^e alinéa porte que la femme séparée peut librement aliéner son mobilier. Or, dit la jurisprudence, « la disposition de cet article ne peut recevoir d'application qu'aux actes qui ont pour objet et qui doi-

vent avoir pour résultat l'administration des biens ». (1). Il s'ensuit que si la femme veut aliéner en dehors de son administration un meuble paraphernal, il lui faut l'autorisation de son mari.

Dans ce cas, il n'y a plus de raison pour ne pas étendre la responsabilité de l'article 1450 à ces mêmes immeubles, puisqu'elle dérive du fait de l'autorisation et des devoirs qui y sont attachés.

Ce fondement donné à l'article 1450 est le seul raisonnable, mais à l'analyse il se dédouble : 1° Le mari est présumé avoir touché le prix ; 2° Ou il est présumé ne pas lui avoir donné une destination qui l'enlève à l'inexpérience et à la légèreté en affaires de la femme.

C'est que, comme écrivait le président Favre « tota pœcunia præsimitur ad maritum solum pervenisse tanquam ad potentiolem ». Et ceci n'est-il pas vrai du prix des meubles, comme de celui des immeubles paraphernaux et si la femme risque de mal gérer le prix de sa vente, ce risque n'est-il pas le même dans les deux cas.

Si la responsabilité au sujet de la vente mobilière n'a pas été prévue expressément par le Code, c'est que l'article 1450 a été écrit pour la communauté légale et qu'il est rare que la femme ait des meubles propres sous ce régime.

C'est dans le sens que nous avons indiqué que s'est prononcée la Cour Suprême pour la première fois où ce cas lui était soumis et cela, sur de remarquables conclusions du procureur général Desjardins (2).

(1) Jup. Générale, Dalloz, v°, Contrat de mariage, n° 1371.

(2) Civ. 25 Av. 1882, Dall. 1882-1-371.

Il ne faut pas étendre à d'autres cas la responsabilité du mari. Ainsi, il n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi de sommes échues à la femme par succession ou donation puisque cette dernière n'a ici aucun besoin de son autorisation. Il ne pourrait être responsable qu'au cas de partage d'immeubles si la femme avait touché une soulte parce que cette opération s'analyse en une vente.

Si la femme donne en paiement un de ses immeubles pour éteindre une dette, c'est bien une vente en l'analyse juridique, mais le prix de la vente, aussitôt existant s'emploie à éteindre la dette.

L'emprunt, de même, met des capitaux à la portée du mari, mais on ne peut exiger raisonnablement de lui un emploi, on emprunte de l'argent pour des besoins courants le plus souvent.

Le seul cas qui resterait douteux est celui de la réception par la femme d'une créance en présence de son mari. Cette présence étant pour certains auteurs le fait sur lequel on fonde sa responsabilité, on en déduirait qu'ici il doit être responsable. On pourrait ajouter que sa présence est superflue et prête à équivoque.

On aurait pu douter de la solution à donner, mais le 11 janvier 1911 la Cour de Cassation a, pour la première fois, nous croyons, tranché cette question. Elle l'a résolue en interprétant l'article 1450 dans le sens qui fait de l'autorisation le fondement de l'obligation du mari, interprétation traditionnelle depuis Pothier.

La Cour dit que si le mari est responsable au cas de l'article 1450 lorsqu'il a autorisé sa femme à vendre, ici sa présence ne peut lui créer aucune obligation en-

vers elle puisqu'elle est sans effet et qu'aucun texte de loi n'étend à ce cas la responsabilité maritale. (1).

Quel sera l'effet d'une clause du contrat de mariage obligeant les époux à ne vendre l'immeuble paraphernal que sous condition de emploi ? Un premier point affirmé par de nombreux arrêts est que cette clause ne frappe pas de dotalité l'immeuble paraphernal (2). Un arrêt de 1836 décide qu'au cas de clause semblable sous le régime de la séparation de biens, l'acheteur n'est pas fondé à refuser à payer le prix si un emploi n'est pas justifié, parce que la condition d'emploi n'est imposée qu'au mari. C'était une décision de première instance confirmée par la Cour d'Appel (3).

Cette solution est en parfaite analogie avec celle qui est donnée en matière de communauté. La femme peut valablement vendre ses paraphernaux autorisée par le mari et toucher le prix; les tiers n'ont à se préoccuper de l'emploi qui si le contrat les rend expressément responsables. En somme, la clause nommée plus haut ne change rien au droit commun de l'article 1450.

Le mari ou la justice pourraient-ils donner à la femme une autorisation conditionnelle subordonnée à un emploi. L'opinion de Laurent est négative et il écrit : « Les tribunaux, gardiens des droits dont jouit la femme,

(1) Civ. 31 janv. 1911. Dall. 1912-1-57 et note.

(2) Civ. 7 juin 1830. S. 1836-1-722; Cour Lyon, 3 janv. 1838, S. 38-2-160; Req. 13 févr. 1850, S. 50-1-353; Req. 9 août 1858, S. 59-1-19.

(3) Cour Paris, 17 mars 1836. S. 36-2-190.

peuvent-ils entraver l'exercice de ces droits; les lois d'ordre public ne peuvent être modifiées ni par les particuliers, ni par les tribunaux. » (1).

Les tribunaux en ce cas n'entravent pas les droits de la femme. Ils donnent aux mesures de protection prises à son égard par la loi une plus grande efficacité. En plus, on ne voit pas en quoi une telle condition violerait l'ordre public. Devrait être annulée sans doute pour ce fait une clause d'un contrat de mariage ou généralement toute condition portant que la femme pourra aliéner sans autorisation. Mais en assujettissant l'autorisation à une modalité, on ne viole pas l'article 217, ni même l'article 218 portant qu'à défaut d'autorisation du mari le tribunal *peut* donner l'autorisation.

Nous soutenons que le tribunal peut donner une autorisation conditionnelle et quelques auteurs ont admis qu'il n'y a là rien d'illégal (Dalloz, Demolombe). Un juge statuant gracieusement à fin d'autoriser un incapable peut donner cette autorisation sous réserve de revenir devant lui en référé s'il s'élève des difficultés. (2). D'où il s'ensuit que celle-ci n'est pas une chose rigide, mais susceptible de nombreuses modalités.

Bien mieux, un arrêt de la Cour de Lyon (3) donne à une femme séparée de biens une autorisation sous condition que portion du prix sera acquittée directement entre les mains des créanciers. On ne voit pas pourquoi

(1) Laurent, 1878, t. XXII, p. 344.

(2) Revue de Législation et de Jurisprudence, juin 1914, p. 357, note 1.

(3) Répertoire de Jurisprudence, Dalloz 31, p. 427, note 5.

le tribunal ne pourrait pas donner une autorisation de vendre subordonnée à un emploi.

De même, lorsque le mari autorise sa femme, il faudra opter par analogie pour la même opinion. Il y a entre le mari dans ce rôle et le tribunal jugeant en matière gracieuse, en effet, une similitude de rôles. Le Tribunal n'est pas saisi d'un litige, mais « par un acte administratif » il complète la capacité de la femme. (1).

Nous ne croyons pas, au contraire, que le mari puisse faire saisie-arrêt du prix entre les mains de l'acheteur. La femme ne lui doit rien et si l'acheteur peut faire figure de tiers saisi, la femme ne peut être un saisi dont l'existence est la condition essentielle de la possibilité de cette mesure d'exécution. Au contraire, ce sera la femme qui, éventuellement, deviendra créancière du mari à défaut de remploi.

Et d'ailleurs, il est inutile de faire entorse aux principes de la saisie-arrêt puisque le mari peut toujours s'abstenir d'autoriser la vente ou du moins s'entendre à l'amiable avec sa femme pour qu'elle lui laisse mettre sa responsabilité à couvert, soit en lui laissant toucher le prix, soit en acceptant un remploi.

(1) Revue de Législation et de Jurispr. *loc. cit.* p. 355.

CHAPITRE III

Des obligations qui incombent au mari dans les différents cas où il administre les paraphernaux de sa femme

Lorsque le mari administre les biens de sa femme séparée ou paraphernale, il peut se présenter trois cas prévus d'ailleurs par les articles 1577 à 1579 du Code civil. 1. La femme peut avoir donné mandat au mari ; 2. L'avoir laissé administrer sans mandat ni opposition de sa part ; 3. Le mari peut avoir joui des paraphernaux malgré l'opposition de sa femme.

Au cas où la femme aurait donné à son mari mandat d'aliéner ses paraphernaux, nous serions en dehors du cas prévu par la loi aux articles 1577 à 1579 et « pour ces pouvoirs plus amples que la femme peut avoir donné à son mari, les parties restent dans le droit commun ».
(1).

Pour le cas où la femme donne à son mari ou à un tiers, mandat d'accomplir un acte qu'elle ne pouvait effectuer qu'autorisée, il faut qu'elle soit autorisée à donner mandat pour que celui-ci soit valable. Le mandataire comme on le sait la représente et ne peut avoir le pouvoir d'agir et d'accomplir un acte valable que si le mandant lui-même, en notre cas la femme, a ce pouvoir.

(1) Cour Chambéry, 18 févr. 1861. Sirey 61-2-282.

1° *La femme a donné à son mari mandat d'administrer*

Si ce mandat est donné par contrat de mariage, il est irrévocable. Peu importe que l'un des caractères du mandat soit la révocabilité. Toutes les conventions qui sont contenues dans le contrat de mariage participent nécessairement du caractère de pacte de famille qui est attaché à ce contrat. Les règles du mandat sont dominées par celles du contrat de mariage, le caractère de mandante de la femme disparaît sous celui d'épouse et il y a lieu d'appliquer la règle de l'immutabilité.

L'inconvénient est que la femme va être rivée à ce mandat même si le mari en fait usage pour diminuer et laisser dépérir son patrimoine paraphernal. Elle n'aura que la ressource d'une séparation de biens, le péril de la dot s'entendant dans le large sens de péril du patrimoine de la femme.

On objecterait en vain que le patrimoine de la femme est toujours assuré ici contre les déprédations du mari puisqu'elle en conserve la propriété. Il se peut qu'il soit menacé dans sa substance par le fait d'une mauvaise administration du mari et il y aura bien alors « péril de la dot ».

Il a été jugé d'une manière constante que si les intérêts du capital apporté par la femme sont mis en péril ou détournés de leur destination bien que le remboursement du capital lui-même soit assuré, il y a lieu à séparation de biens. (1) Ainsi, elle fut accordée à une femme

(1) Dalloz Sup. rép. Contrat de mariage, n° 599.

paraphernale dont la reprise du capital, en l'espèce mobilier, était assuré par le jeu de son hypothèque. Le mari avait fait donation de tous ses biens à ses filles; ceux-ci n'entraient en leur possession que grevés de l'hypothèque légale de la mère. Mais il s'était réservé dans la donation une rente viagère ne représentant que la moitié à peine des revenus des biens paraphernaux; il avait détourné l'autre moitié de ces revenus de leur destination à savoir: les charges du ménage et cela justifiait amplement d'après le jugement la séparation de biens. (1).

La séparation obtenue, ce ne sera plus le contrat de mariage qui régira les rapports pécuniaires des époux, mais le régime de la séparation judiciaire prévu par les articles 1439 et suivants du Code civil; le mandat donné au mari ne produira ses effets à l'avenir que si les époux entendent revenir au régime primitif par un acte rendu public, suivant les règles écrites à l'article 1451.

Le mandat finira de même par la faillite ou l'interdiction du mari suivant l'article 2003 du Code. Le mot de révocation s'entend seulement d'une manifestation de volonté, la femme ne pouvant y mettre fin de son propre gré, mais ici il se termine pour une raison qui ne dépend pas du vouloir des époux (2).

Si le mandat est donné pendant le mariage, il est toujours révocable. Il suffira à la femme de notifier sa volonté en ce sens à son mari et l'article 2004 qui pré-

(1) Dall., *op. cit.* note 2.

(2) Jouitou, Régime dotal, t. II, p. 99.

voit cette faculté n'exige pas qu'il faille donner à cette notification une forme spéciale.

Le mari ne sera obligé de rendre compte de son administration comme dans un mandat ordinaire, qui si cela est expressément prévu par le contrat (1). Pour conclure en ce sens, nous n'avons qu'à lire l'article 1577, dont la rédaction ne laisse aucun doute. Il y est dit que le mari devra rendre compte des fruits si la femme donne mandat « avec charge de rendre compte ».

C'est là la seule différence entre le mandat d'administrer donné au mari dans le régime de la séparation de biens et celui qui lui est donné sur les parapher-naux (2). Il n'y a pas en cette matière de la séparation d'article semblable à l'article 1537 et le mari sera tenu de rendre compte de son mandat même au cas où sa femme ne l'aurait pas exigé d'une manière expresse. Ici donc, le mari n'est qu'un administrateur et ces revenus ne peuvent être saisis par ses propres créanciers.

D'ailleurs, il vaut mieux que cette reddition de comptes soit une chose exceptionnelle; il est malséant qu'un mari demande à sa femme des quittances pour se couvrir. Dans la majorité des cas, le mandat résulte de ce que la femme abandonne les fruits ayant confiance dans la destination que leur donne le mari et son but étant le plus souvent de lever les difficultés que celui-ci pour-

(1) Req. 15 juin 1868. S. 68-I-400 ; Cour d'Appel de Metz, 17 août 1858; Dall. 1859-2-130.

(2) Cour de Dijon, 21 avril 1869; Dall. 1874-5-103 et Req. 31 oct. 1888; Dall. 1889-1-315.

rait rencontrer des « étrangers et des débiteurs de mauvaise foi ». (1).

De même, le mandat pourrait porter que le mari recevra un salaire, cette convention signifie que le mari devra rendre compte de tout ce qui excède le salaire. La condition d'un mandataire salarié a toujours été plus dure que celle d'un mandataire ordinaire, et ce rôle un peu inférieur donné au mari indique qu'il n'est pas investi de la confiance de la femme pour la destination à donner à ses revenus, mais qu'il est un simple intermédiaire, un vrai mandataire. En plus, la femme, par la convention, limite au salaire ce à quoi le mari a droit. Si elle le dispensait de rendre compte, il n'aurait pas besoin d'un salaire.

En dehors de cette absence de reddition de comptes en matière paraphernale, ce sont les règles du mandat qui s'appliquent. Bien entendu, les clauses du contrat pourraient en modifier la portée: article 1134: « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Ainsi la femme en constituant son mari mandataire peut insérer dans le contrat les clauses les plus diverses. On peut citer en exemple le cas suivant: Une femme avait constitué son mari mandataire par contrat de mariage sur ses biens séparés. Il devait les employer aux charges du ménage et lui capitaliser le surplus en

(1) Toullier, p. 435, t. XIV.

lui servant un taux d'intérêt fixé dans l'acte. Cette clause a été jugée parfaitement licite. (1).

Le mari représente sa femme et les actes qu'il passe en vertu de son mandat l'engagent et lui profitent. Mais cela n'est vrai que des obligations qui ne dépassent pas les limites du contrat. Celles qui le dépassent lui sont absolument étrangères. Ainsi un acte d'aliénation consenti par un mari nanti d'un mandat d'administration ne produirait à l'égard de la femme aucun effet. C'est ce que la Cour de Cassation a décidé : un mari administrateur des parapherinaux de sa femme avait reconnu par lettre la mitoyenneté d'un mur, cette reconnaissance était inopposable à la femme puisqu'elle dépasse les pouvoirs du mari (2). Au contraire, les déclarations du mari envers les tiers dans les actes d'administration engagent la femme. Ainsi, « les déclarations frauduleuses émanées du mari mandataire dans une police d'assurance de parapherinaux produisaient contre la femme les mêmes effets que si elle les avait personnellement faites et spécialement lui faisaient encourir les déchéances attachées par la police à de fausses déclarations ». D'ailleurs, en ce cas, la femme pourra demander au mari la réparation du préjudice qu'il lui a causé par ses déclarations frauduleuses (3).

(1) Req. 15 juin 1868; S. 68-1-400 ou Sp Rép. D. v° Contrat de mariage, titre 3, ch. 2, § 1116, note 1.

(2) Civ. 13 juin 1877. Dall. 1877-1-384.

(3) Arrêt de la Cour de Toulouse du 3 déc. 1877, rapporté par M. de Marsangy. Jurisprudence générale des assurances terrestres, 2^e partie, p. 556.

Le mari est tenu de toutes les obligations d'un mandataire. Pour ce qui est de la reddition de comptes, nous avons vu dans quels cas il en était dispensé par la loi. Mais il devra gérer en bon père de famille et sera responsable de toutes ses fautes et de ses négligences; la responsabilité s'appréciant plus sévèrement si le mandat est salarié.

Pour le cas où le mari devra rendre compte, il ne s'ensuit pas qu'il doive présenter à la femme ou à ses héritiers un compte détaillé avec des reçus justificatifs, il suffira d'un compte très sommaire. Dans un arrêt de 1884, où la femme était mandataire, il est dit « qu'il ne s'ensuit pas qu'elle soit obligée de justifier de l'existence d'un compte en règle et d'une décharge ». (1). Il en est de même en sens inverse entre femme et mari, et entre parents et enfants; les liens d'affection qui existent entre ces diverses personnes s'opposent à ce qu'elles usent entre elles de quittances et par conséquent ne permettent pas un compte détaillé des mandats.

Dans le compte sommaire que le mari aura à rendre à sa femme si celle-ci l'exige, il portera au compte actif les sommes provenant des fruits et au compte passif les charges qui correspondent aux frais de culture, etc.

Il faut remarquer que si la femme donne à son mari un mandat général d'administrer dans son contrat de mariage et par conséquent irrévocable, nous nous trouvons sauf le nom, dans le régime sans communauté. Ce

(1) Cour Paris, 26 mars 1885. S. 86-2-53.

régime en effet, donne au mari le droit d'administration sur tous les biens de sa femme, celle-ci n'en conservant que la propriété à l'exclusion de toute communauté.

2° Cas où le mari administre les biens paraphernaux sans mandat, ni opposition de sa femme

Quelle est la situation juridique d'un mari qui administre les paraphernaux de sa femme sans mandat, ni opposition de cette dernière ? Est-ce un mandat ou une gestion d'affaires ?

Il faudrait d'abord pour qu'on puisse poser la question, établir que le mandat tacite existe dans notre droit civil. Pour nier son existence, on s'appuie sur l'article 1985, alinéa 2° ainsi conçu : « l'acceptation peut n'être que tacite » et de là, par un argument a contrario bien peu probant, on en conclut que, dans le silence du législateur, le mandat ne peut être tacite. Mais cet argument n'a pas convaincu la jurisprudence à cause de sa faiblesse propre et des décisions d'une législation qui se montre favorable aux manifestations de volonté tacite pourvu qu'elles soient clairement exprimées. Donnons comme seul exemple la tacite reconduction dans le contrat de louage.

Mais la question la plus délicate et résolue de la manière la plus diverse soit dans les arrêts, soit dans la doctrine est la distinction entre le mandat tacite et la gestion d'affaires, ceci à cause de l'article 1370, au titre des quasi contrats qui porte que « la gestion d'affaires existe soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore ». Dès lors, que va-t-il nous rester comme

base de distinction et le mandat tacite n'est-il pas absorbé par la gestion d'affaires.

Il ne faut pas dire avec Troplong qu'il y aura gestion d'affaires quand l'administration commencée à l'insu du maître est terminée à sa connaissance et mandat lorsqu'elle est commencée et terminée à son vu et su. L'article 1372 nous oblige à repousser cette distinction.

La seule explication raisonnable à donner est que le Code a supprimé l'application de la règle romaine « sola patientia inducit mandatum ». Il y aura donc mandat tacite si de faits et de circonstances précises antérieures à la gestion, on peut déduire la volonté du mandant, de sa connaissance passive résultera la gestion d'affaires. (1).

Il s'ensuivra donc qu'en notre hypothèse, nous pourrions nous trouver en présence d'un contrat ou d'une obligation naissant de la gestion d'affaires et les Tribunaux juges de fait seront qualifiés pour décider si des circonstances de la cause on peut déduire que la femme a abandonné l'administration à son mari (2). Ils le seront donc aussi pour dire s'il y a mandat tacite ou gestion d'affaires.

Il y a en notre matière un arrêt du Tribunal civil d'Apt donnant au mari le titre de negotiorum gestor mais sans donner les motifs de cette appellation (3). Il semble que dans cette qualification donnée au mari il n'a pas songé à la distinction faite plus haut.

(1) Répertoire Dalloz, Sup. Mandat § 69.

(2) Req. 28 janv. 1901, Dall. 1901-1-301.

(3) Nîmes, 24 mai 1849. Dall. 1849-2-106.

La différence entre les deux cas n'est pas très grande mais a son intérêt pratique. Le mari est toujours obligé de gérer en bon père de famille et de rendre compte, mais la femme ne sera tenue envers le mari ou envers les tiers au cas de gestion d'affaires que si l'affaire a été bien gérée ou si elle a ratifié la gestion. Au contraire en cas de mandat, elle sera obligée de rembourser le mari de ses dépenses et sera engagée envers les tiers dans tous les cas.

Ici nous nous trouvons en présence d'une dérogation aux règles du mandat dans un sens favorable au mari, parallèle à celle de l'article 1577 au cas de mandat exprès. Le mari n'étant tenu de rendre compte que des fruits existants.

Dans l'ancien droit, le mari était obligé de rendre les fruits qui n'avaient pas été consommés dans l'intérêt du ménage. « Il faut, disait Roussilhe, que le mari ait employé les fruits à l'usage du ménage ou à celui de sa femme ou de leurs enfants, car s'il les avait détournés pour son profit particulier, la femme serait en droit de lui en demander compte. » (1). Le fait de savoir si la consommation a été effectuée ou non dans cet intérêt peut donner lieu à de nombreux procès, à des recherches blessantes pour le mari et remontant dans un long espace de temps nécessiter des preuves difficiles. C'est pourquoi le Code oblige le mari à la seule restitution des fruits existants. C'est dans ce sens que Berlier di-

(1) Roussilhe. De la Dot, éd. de 1856, n° 160, p. 117.

sait à la séance du corps législatif du 10 Pluviose an XII: « Si les biens paraphernaux ont une existence et une administration à part, s'ils sont de droit séparés de la dot et des biens du mari, souvent, et par la nature des choses, ils leur sont unis de fait; il fallait donc pourvoir à ce que, en raison de cette jouissance, les époux ne laissassent pas de procès pour héritage. » (1).

Mais tous les auteurs n'ont pas été d'accord sur le sens des mots fruits existants ou consommés. Pour Rodière et Pont il n'y aurait de fruits consommés que ceux qui ont été dépensés (2). Le prix des fruits non consommé ou capitalité serait considéré comme existant. Ce serait d'une manière détournée revenir aux inconvénients de la solution d'avant 1789 que le législateur a voulu écarter.

Ce qui est plus curieux, c'est qu'il s'est trouvé des arrêtiistes même modernes pour combattre la distinction des fruits consommés et existants. (3).

Il faut d'abord écarter le cas où les fruits existent mais sont mélangés avec ceux du mari. Il s'agit par exemple de blé ou d'avoine mélangés dans le même réservoir, de vin qui a servi à remplir la même cuve et si la femme peut prouver la quote-part qui lui revient dans le mélange, on devra la lui attribuer (4).

On peut donc dès lors délimiter le sens des mots fruits existants dans notre cas. Ils seront tels du moment qu'ils existent en nature ou que le prix en est encore dû.

(1) Locré, t. XIII, p. 298.

(2) Contrat de mariage, t. III, p. 1981-1982.

(3) Note Naquet sur Req. 28 janv. 1901. S. 1902-1-73.

(4) Req. 21 août 1837. S. 1837-1-866.

Les adversaires de la solution qui dérive des textes du Code, ceux qui voudraient que le mari fut dispensé de rendre compte seulement lorsque le prix des fruits a été dépensé, tirent argument du sens littéral des mots représentation des fruits existants. Représenter d'après le dictionnaire veut dire exhiber, on ne peut exhiber des fruits civils, donc représenter doit être pris dans un sens plus large, dans le sens de mettre à la disposition de la femme, soit les fruits eux-mêmes, soit leur valeur. Il faudrait autoriser les tribunaux à rechercher dans les papiers domestiques la destination des fruits. Ces auteurs ajoutent que ces articles du Code sont déroatoires au droit commun du mandat et qu'on doit en faire une interprétation restrictive.

Mais tous ces arguments ne peuvent tenir devant le sens précis que l'examen des travaux préparatoires donne à cette question. Le Code a voulu innover et interdire à la femme ou à ses héritiers de faire n'importe quelles recherches sur la destination du prix des fruits.

La Cour de Cassation n'a d'ailleurs jamais varié de jurisprudence. Tant en 1860 qu'en 1901, elle a proclamé que l'article 1578 rompait avec la tradition de l'ancien droit et qu'il fallait entendre l'existence des fruits à leur sens strict, le mari n'étant tenu de rendre compte que des fruits existants ou du prix des fruits encore dus au moment de la demande de la femme, soit au moment de la dissolution du mariage. (1)

(1) Req. 27 janv. 1860. Dall. 66-1-66 et Req. 28 janv. 1901; Dall. 1901-1-301 (S. 1902-1-79).

Ces arrêts avaient été rendus sur la matière de la séparation de biens et la similitude des articles 1539 et 1578 ne laissait aucun doute sur l'identité de solution en matière paraphernale. En 1908, la question a été tranchée en cette matière devant la Cour Suprême de façon identique. (1). Le pourvoi en cette espèce s'appuyait sur une décision de 1855 curieuse il est vrai, mais ne pouvant servir d'argument en notre cas vu la spécialité de l'espèce (2). Une femme avait reçu dans une succession un capital accru d'intérêts échus antérieurement. La Cour avait décidé que le mari était tenu de rendre compte de ces fruits, mais il était écrit dans l'arrêt de la Chambre civile « qu'il est évident qu'elle (la femme) n'a pas laissé jusque là la jouissance de ses biens à son mari et qu'ainsi, il ne peut s'approprier les revenus échus pendant qu'il n'avait pas cette jouissance ». Au regard des époux, ces fruits ne pouvaient être présumés avoir servi aux besoins du ménage et capital et intérêts ne formaient qu'une masse commune qui tombait du jour de la succession entre les mains de la femme. Ce n'était donc qu'à ce jour qu'on pouvait tomber dans l'hypothèse d'administration du mari que nous étudions et l'espèce était donc invoquée à tort.

Un arrêt de la Cour de Pau de 1858 qui juge dans le sens que nous avons indiqué et qui a subi victorieusement la censure de la Cour Suprême donne les motifs

(1) Civ. 18 juin 1908; Dall. 1908-1-325.

(2) Civ. 24 avr. 1855; Dall. 1855-1-154.

de notre jurisprudence. (1). Elle se fonde sur l'argument de texte, sur le mot « fruits existants ». Si la femme craint d'enrichir le mari, dit-elle, la loi lui donne un moyen, c'est de lui donner un mandat exprès avec obligation de rendre compte. Il n'est pas extraordinaire, ajoute-t-elle, que le mari puisse s'enrichir aux dépens de la femme avec les fruits des paraphernaux puisqu'il peut le faire avec les revenus de la dot lorsqu'ils dépassent les besoins du ménage. Et elle termine par l'argument que nous avons déjà exposé à savoir que des recherches dans l'administration du mari seraient contraires à l'autorité maritale.

Donc, si le mari, avec les revenus des paraphernaux a amélioré ses propres immeubles, a fait des placements en son nom, ce sont des fruits consommés et il n'en doit aucun compte. C'est d'ailleurs à la femme ou à ses héritiers comme demandeurs de prouver l'existence des fruits non consommés. (2).

On ne peut s'intéresser à cette matière en passant sous silence un arrêt de 1902 qui a résolu deux difficultés en notre cas de mandat tacite, lesquelles, nous croyons, n'ont plus été soumises aux tribunaux (3).

Une femme mariée sous le régime de la séparation possédait indivisément avec son mari un hôtel. Elle l'exploitait avec lui en s'occupant de l'administration

(1) Req. 17 avril 1860; Dall. 1860-1-66.

(2) Req. 21 août 1837; D. 37-1-437.

(3) Req. 28 janv. 1901; S. 1902-1-73 et Revue de Législation et de Jurisprudence, 1903, p. 17; J. Charmont, examen de Jurisprudence civile.

intérieure; au mari, étaient dévolus les voyages et la correspondance. La femme abandonna un certain temps les bénéfices à son mari, puis, un jour, des difficultés surviennent et elle réclame les bénéfices antérieurs. Le mari oppose l'article 1539: « ce sont des fruits consommés, je n'ai aucun compte à rendre, dit-il ». Les tribunaux lui donnent raison et la femme se pourvoit devant la Cour de Cassation.

La femme invoque comme premier motif du pourvoi qu'il ne s'agit pas ici d'un mandat tacite ordinaire; elle n'a pas abandonné les bénéfices à son mari. L'unité d'administration était nécessaire à la bonne exploitation de l'immeuble. Ce motif est rejeté; un immeuble indivis, en effet, peut s'exploiter de bien d'autres manières; la femme aurait pu faire un bail à son mari, ou bien lui donner mandat en se réservant de lui demander des comptes. Cette première partie de l'arrêt est donc indiscutable.

La femme prétendait au surplus, que, même son premier motif étant rejeté, elle avait droit à la portion de bénéfices qui représentait son travail personnel. La Cour décide que « l'arrêt attaqué n'a pas fait davantage une fausse application de ce même article 1539 en considérant comme fruits l'intégralité des produits des dits immeubles encore que la demanderesse participat à cette exploitation ».

Le commentateur de l'arrêt, M. Naquet, s'élève avec force contre cette décision qui assimile les produits du travail personnel de la femme à des fruits. On ne peut trouver dans notre Code, dit-il, aucun article qui les assimile. Les articles 583 et 584 qui défi-

nissent les fruits par énumération à propos de l'usufruit n'en parlent pas; de plus, maintes fois le Code distingue fruits et produits du travail. Dans l'article 387 il décide que la jouissance des parents sur les biens de leurs enfants mineurs ne s'étendra pas à ceux que ceux-ci pourront acquérir par le fait de leur travail. Dans l'article 1498, à propos de la communauté d'acquêts, le Code qui veut que le produit du travail des époux en fasse partie, les cite expressément à côté des produits des biens propres. Le travail est en effet le résultat d'une chose bien personnelle, l'activité humaine, tandis que les fruits sont l'accroissement des choses matérielles survenu avec le caractère de périodicité: « quod nascentur et renascentur ». Enfin, il était de tradition, dans l'ancien droit, que le mari ne profitait pas des ressources produites par l'industrie de sa femme: « Si la femme qui cohabite avec son mari ne peut tirer avantage de la diligence et de l'industrie qu'elle fait paraître par son économie et son travail journalier dans les affaires domestiques, cela tombe sur l'industrie dans l'économie de la ménagerie ou dans le métier que son mari exerce et nullement sur toute autre industrie propre à la femme, qu'il dépend d'elle de mettre en œuvre » (1). N'empêche, il faut le reconnaître que la décision de la Cour ne contrevient à aucune disposition formelle de notre loi.

Il resterait à examiner si depuis la loi du 13 juillet 1907 quelque chose n'est pas changé en notre espèce. Il n'y aurait aucune raison nouvelle pour que la Cour

(1) Vedel; observations sur Catellan, t. II, p. 12 ou 19 selon éditions,

change d'avis si la même question lui était posée; la loi sur le libre salaire de la femme mariée ne s'appliquant que si la femme exerce une profession distincte, or, ce n'était pas le cas de l'arrêt de 1902, puisque les époux exploitaient la même maison hôtelière.

On pourrait se demander si la femme qui a acquis en vertu de la loi de 1907 un bien séparé, du produit de son travail, et qui en a abandonné les fruits à son mari, ainsi que l'administration peut se voir opposer par celui-ci la distinction entre fruits consommés et existants. Ne faudrait-il pas dire que les articles 1539 et 1578 étant des dispositions exceptionnelles au droit commun du mandat, elles ne doivent recevoir aucune extension par analogie et qu'au cas d'administration de biens séparés de la loi de 1907, le mari doit toujours rendre compte.

Si le mari s'est appauvri dans l'administration des paraphernaux, il aura un recours contre la femme. Il faut d'abord souligner que le mari n'est pas un usufruitier. L'article 599 qui interdit à l'usufruitier de réclamer toute indemnité pour les améliorations, n'a pas à s'appliquer ici. Tout au plus, le mari est tenu d'après l'article 1580, à toutes les obligations d'un usufruitier et l'article 599 n'en fait pas partie puisqu'il est écrit à la section « des droits de l'usufruitier ». Nous sommes dans les cas de la gestion d'affaires (article 1375) et la femme doit rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires que le mari a faites.

Le mari étant tenu seulement des charges qui correspondent aux fruits, c'est-à-dire aux réparations

d'entretien par l'article 605, il aura le droit de répéter contre sa femme le coût des impenses ou grosses réparations qu'il aura faites sur le fonds paraphernal (1).

Le mari ne peut demander ce qui lui est dû pour les impenses, alors qu'il a fait des bénéfices dans l'administration des biens paraphernaux. Il faudra calculer le bénéfice net obtenu par le mari et en déduire la partie de ce bénéfice qu'il était dans le droit de consacrer aux besoins du ménage. Il ne pourra donc réclamer quelque chose à la femme que dans la proportion où les dépenses qu'il aurait engagées dépasseraient cette somme qui représente les bénéfices qu'il a pu obtenir dans son administration.

Il est à remarquer que la femme ne doit contribuer dans notre régime aux besoins du ménage sur les revenus paraphernaux que lorsqu'elle n'a pas apporté de dot.

Cette difficulté a été résolue une seule fois, croyons-nous, par la jurisprudence. C'est un jugement du Tribunal civil de Toulon, confirmé par la Cour d'Aix dans lequel il est écrit : « que s'il résulte des faits que les revenus ont été employés aux améliorations des paraphernaux, les héritiers exigent avec raison qu'ils soient imputés sur les dépenses dont le mari demande le remboursement » (2).

La question résolue le plus diversement est celle du montant des remboursements qui naissent des impen-

(1) Civ. 12 févr. 1849; Dall. 1849-1-162 et Cour de Nîmes, 24 mai 1849; Dall. 1849-2-106.

(2) Cour d'Aix, 28 mai 1874; S. 1875-2-42.

ses. Le mari pourra-t-il réclamer leur totalité ou seulement la plus value qui en est résultée ? On peut prendre comme guide les règles de la gestion d'affaires qui régissent incontestablement notre cas. Il est écrit dans l'article 1375 que le géré est tenu de rembourser le gérant de toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

Donc, s'il s'agit d'impenses nécessaires, le mari pourra réclamer la totalité : les principes du droit le demandent.

Pour le cas de dépenses utiles, la question n'a été résolue par les tribunaux en matière paraphernale qu'en des cas très particuliers. En matière de gestion d'affaire doctrine et jurisprudence sont indécises (1). On peut essayer d'analyser les principaux arrêts rendus en notre matière.

Dans un arrêt du Tribunal civil d'Apt du 24 mars 1848, il est jugé qu'à la suite de l'administration du mari la valeur du domaine paraphernal est passée de 7.000 à 15.000 francs, que cette augmentation résulte de plantations et de défrichements, ainsi que du travail du mari. D'autre part, l'avoir du mari n'a pas varié, il consistait en immeubles évalués 1500 francs et il est resté tel. Le Tribunal, sans l'exprimer, semble avoir voulu juger que les améliorations ne peuvent donc résulter que des bénéfices réalisés dans l'administration des biens de la femme ou bien du travail du mari (2),

(1) Dalloz, Supplément au répertoire de jurisprudence, Gestion d'affaires, § 2287.

(2) Cour de Nîmes, 24 mai 1849; Dall. 1849-2-106.

et il accorde à celui-ci 3.000 francs représentant dans la plus-value la valeur de son travail personnel, invoquant au surplus la maxime « *nemo debet alterius damno locupletari* ». Nous serions donc en présence d'une espèce favorable au remboursement de la plus-value résultant des avances du mari.

De même, la Cour d'Aix décide, en 1877, que le mari a droit à toute la plus-value. La Cour de Cassation ne s'est pas en cette espèce décidée d'une manière formelle là-dessus, puisqu'elle s'est bornée à constater que la Cour s'était conformée « à la chose précédemment jugée en 1874 » et elle ajoute qu'il y a eu transformation du domaine foncier d'après les jugements de fait. Cela suffit d'après elle à justifier la décision primitive. Cela est assez peu clair; faudra-t-il distinguer maintenant entre transformations et améliorations ? Malgré cela, il semble qu'il faille conclure au remboursement de la plus-value en cette matière.

Pour le cas d'impenses voluptuaires, le mari n'a droit à aucune indemnité. Il y a bien un jugement qui semble dire le contraire, mais ce n'est qu'une apparence, le mari n'était pas administrateur; il se contentait de gérer sous la direction « constante et omnipotente » de l'épouse. Il s'était borné à faire des avances, il les réclamait (2).

Lorsqu'il y a lieu de fixer la quotité des sommes que le mari a employées en impenses utiles ou nécessaires,

(1) Req. 6 août 1878; Dall. 79-1-414.

(2) Cour d'Aix, 28 mai 1874; S. 75-2-42.

les tribunaux se montrent très larges dans la preuve à fournir. La Cour de Cassation dit « que le mari administrateur dans les conditions exceptionnelles de l'article 1578 n'était pas tenu rigoureusement de justifier par des écrits et des quittances en règle de toutes les sommes payées pour sa femme, que dans un grand nombre de cas il ne pouvait exiger de reçus ». Dans le cas de proche parenté, en effet, les règles de la preuve sont adoucies (1).

En somme, le Code tout en voulant écarter ici les redditions de comptes, laisse le mari comptable des fruits existants et la femme tenue des impenses qui dépassent les bénéfices réalisés par le mari dans l'administration. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville résumant cette situation d'heureuse manière écrivaient : « La reddition de comptes n'est pas supprimée, mais elle est réduite aux éléments qu'il était impossible sans injustice de ne pas prendre en considération » (2).

Le Code n'ayant pas réglé la mesure dans laquelle les baux passés par le mari sont opposables à la femme sur ses paraphernaux, il faudra avoir recours pour la déterminer aux principes généraux du droit. Il est à remarquer d'ailleurs que la question des baux de plus ou moins de 9 ans n'est traitée nulle part d'une manière générale dans notre Code civil, il n'y a que des solutions éparses, à propos de cas particuliers.

Une première idée de la question peut nous être don-

(1) Req. 6 août 1878 Dall.. 79-1-414.

(2) Traité du contrat de mariage, p. 107, t. III.

née par les règles qui s'appliquent aux baux passés sur les propres de communauté par le mari qui en est l'administrateur. Ils sont valables s'ils excèdent 9 ans pour une période de 9 ans qui se renouvelle, si le mari vit à l'expiration de cette période pour un laps de temps de la même durée. Il semble qu'il y ait là une idée que le Code a appliquée à d'autres cas similaires (1).

Mais étendre cette règle à notre cas n'est-ce pas aller un peu vite. Le mari n'est pas ici chargé par la loi d'administrer. Il est seulement un gérant de fait auquel la loi a donné une situation avantageuse à d'autres points de vue. N'y a-t-il pas aussi une règle d'interprétation qui interdit d'étendre au régime dotal les règles applicables à la communauté et inversement. Enfin M. Wahl écrit (2) : « Puisque le bail de plus de 9 ans est un acte d'administration, on doit interpréter restrictivement les diverses dispositions qui limitent en ce qui le concerne les pouvoirs de certains administrateurs ». Il faudrait semble-t-il, d'après ces arguments, permettre au mari, en notre cas, de passer de baux pourvu qu'ils n'excèdent pas 18 ans, c'est-à-dire pourvu qu'ils ne soient pas des actes d'aliénation.

Il faut dire au contraire que cette règle qui limite la durée des baux passés par les administrateurs généraux à des périodes de 9 ans est le droit commun du Code. Pour prouver que cette règle s'applique au cas d'administration de paraphernaux, il n'est pas besoin de re-

(1) Code civil, articles 1718, 481, 595.

(2) Baux de plus de 9 ans consentis sur les biens de la femme dans les divers régimes matrimoniaux. *Revue trimestrielle de droit civil* 1909. Page 14.

courir en quoi que ce soit aux règles de la communauté. C'est le droit commun pour tous les mandataires investis d'un pouvoir d'administration. Pothier n'écrivait-il pas dans son traité du contrat de mandat : « les mandataires généraux qui ont le droit de passer des baux peuvent le faire pour le temps pour lequel il est d'usage dans le pays de les faire. Ce temps est tout au plus de 9 ans » (1). C'est encore maintenant en matière de mandat la règle qu'applique notre jurisprudence (2).

Il suffira donc aux tiers qui voudraient contracter sur des paraphernaux administrés par un mari mandataire tacite, des baux de moins de 9 ans, de se rendre compte si l'attitude de la femme les autorise à considérer le mari comme tel. Leur bonne foi sera toujours à considérer, si, par son attitude, la femme avait pu laisser croire qu'elle abandonnait à son mari la gestion de ses biens. S'ils sont prudents d'ailleurs ils feront bien de faire intervenir la femme. Pour les baux dépassant 9 ans, l'intervention de la femme sera toujours nécessaire si le preneur désire les rendre valables pour un laps de temps supérieur à 9 ans. Au-dessus de 18 ans, d'après la loi de 1855, il faudra en plus la formalité de la transcription si les parties veulent rendre le bail opposable aux tiers.

Si le mari, comme c'est notre hypothèse, a fait des avances, il ne pourra pas en réclamer l'intérêt comme dans le mandat du jour où elles ont été constatées (Art. 2001). Car le mari n'est pas ici un mandataire ordinaire, il faut appliquer plutôt le droit commun des

(1) Pothier, traité du mandat, 148.

(2) Répertoire de Jurisp. Dalloz, v° mandat, n° 78.

contrats « les intérêts ne sont dus que du jour de la sommation de payer » (article 1153) et l'article 1479 de la communauté, texte général dans tous les cas de créances entre époux et qui porte que ces créances ne « portent intérêt que du jour de la demande en justice ».

Ces arguments ont été développés dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 28 mai 1874, arrêt qui examine d'ailleurs d'une manière très complète le cas d'impenses faites par le mari sur les paraphernaux à l'occasion de leur administration.

Le mieux est de transcrire ici les propres termes de cet arrêt : « Attendu qu'en principe les intérêts ne courent ipso jure que dans les cas exceptionnellement déterminés par la loi ; que l'article 1479 en rappelant cette règle pour les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, exprime une vérité applicable à tous les régimes ; que c'est sans fondement que M. Samson (le mari) invoque l'exception édictée par l'article 2001 du Code civil en faveur du mandataire, parce qu'il n'a pas été un mandataire ordinaire et que la qualité de mari qui l'exonérât des charges imposées aux mandataires ordinaires par l'article 1996 doit nécessairement le rendre non recevable à invoquer la disposition de l'article 2001 qui n'est que la conséquence du premier et qui n'a d'autre but que d'établir l'équilibre et la parité entre les droits du mandataire et ceux du mandant. Attendu enfin, que dans l'exercice du mandat conjugal, M. Samson a trouvé des compensations aux avances qu'il peut avoir faites, qu'il convient donc de déclarer qu'il n'a pas droit aux intérêts » (1).

(1) S. 75-2-42, C. d'Aix, 28 mai 1874.

En réalité, remarquons-le, encore une fois, car ce pourrait être la conclusion de notre chapitre, le mari est un mandataire, mais pas un mandataire ordinaire, car la loi ou l'interprétation jurisprudentielle le dispense des obligations qu'il devra assumer en cette qualité chaque fois que cela est contraire aux principes de l'association conjugale.

2° *Le mari jouit des paraphernaux malgré l'opposition de sa femme*

Lorsque le mari jouit des paraphernaux malgré l'opposition de sa femme, il est tenu soit à la demande de celle-ci, soit à la dissolution du mariage, de tous les fruits, tant existants que consommés. Cette situation avait déjà été prévue par les Constitutions de Justinien et réglé identiquement, il y était écrit « Si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restituere oportere » (1). Ici le mari est assimilé à un possesseur de mauvaise foi.

Que doit faire la femme pour qu'il y ait opposition constatée ? Il y a place pour deux exagérations en sens contraire. Des arrêts et des auteurs anciens, en particulier Roussilhe, ont voulu que la femme fasse signifier au mari son opposition par acte judiciaire (2).

Benoit, dans son traité des paraphernaux soutient qu'il suffit que la femme puisse prouver plus tard qu'elle a fait opposition, ne serait-ce qu'une opposition

(1) Const. de don. *inter vir et uxor.* 17.

(2) Roussilhe. De la dot n° 161 bis, éd. Scaze et p. 193, I de l'édition de 1785.

verbale. Ainsi, il suffirait qu'elle eût fait signifier à ses locataires, sans forme précise, de ne plus s'acquitter entre les mains de son mari. Pour nous, dire qu'opposition constatée veut dire opposition prouvée, c'est interpréter la pensée du législateur dans le sens d'un pléonasme. S'il avait voulu que ce soit ainsi, il eut mis simplement opposition. C'est pourquoi avec la jurisprudence actuelle, nous prétendons qu'il faut un acte écrit, lettre recommandée ou citation d'huissier pour que le mari subisse les effets de l'opposition de la femme. En 1861, la Cour Suprême a décidé qu'une preuve écrite était nécessaire et suffisante (1); les conséquences de cette preuve étant assez graves pour le mari pour qu'on exige des moyens dont le sens ne laisse aucun doute.

Il se pourra que malgré l'opposition de la femme le mari continue à jouir des paraphernaux. Cela n'a pas d'importance, la possession du mari reste entachée de mauvaise foi jusqu'à la fin. Sans cela, les trois quarts des femmes ne pouvant soutenir dans leur ménage une lutte continuelle avec leur mari et ayant après une velléité de résistance cédé à nouveau, l'article du Code qui les protège resterait lettre morte pour elles.

Le mari, qui rend compte des fruits, pourra déduire de ce qu'il a à rembourser à la femme, la part qu'elle doit apporter dans le ménage. Il pourra ainsi en déduire les frais qu'il a été nécessaire d'engager pour produire ces fruits, car c'est un droit qui appartient au posses-

(1) Req. 13 nov. 1861, Dall. 1862-1-367.

seur de bonne comme de mauvaise foi (Article 548 du Code) (1).

Si le mari a fait des impenses sur le bien paraphernal, la femme ne sera tenue de lui rembourser que l'in rem versum, en vertu de l'équité.

S'il a traité avec des tiers, l'opposition pourra porter préjudice à ceux-ci, si la femme la leur a notifiée ou si elle prouve qu'en fait, ils l'ont connue. Elle leur serait inopposable si la femme, par des manœuvres ou par des réticences la leur avait cachée. En tout cas, c'est une question d'équité que les tribunaux, juges de fait, doivent apprécier suivant les circonstances.

4° *Charges qui incombent au mari comme conséquences de la gestion des biens paraphernaux*

Le mari qui jouit des biens paraphernaux de sa femme est soumis à toutes les obligations d'un usufruitier par l'article 1580. Cette règle se rapporte aux trois situations prévues par les paragraphes précédents, nous avons cru bon de l'étudier à part.

La meilleure méthode à suivre est d'examiner successivement toutes les obligations de l'usufruitier dans l'ordre où le Code les prévoit et de voir si elles sont applicables à notre cas.

Il faut remarquer que si la construction juridique réalisée par le Code civil a d'heureuses conséquences pratiques, elle est théoriquement bizarre. Le mari qui

(1) C'était déjà la solution donnée au digeste L. 36 ult. de *Hered. pet. Fructus intelliguntur deductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorum eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus.*

est tantôt mandataire, tantôt gérant d'affaires, tantôt possesseur de mauvaise foi, est tenu de toutes les obligations d'un usufruitier. D'ailleurs, parmi ces obligations, il en est certaines qu'on ne peut raisonnablement lui imposer.

L'article 600 impose à ce dernier l'obligation de faire inventaire avant d'entrer en jouissance: cet article n'est pas applicable au mari. En matière d'usufruit, il a son utilité puisque l'usufruitier ne peut entrer en jouissance sans l'avoir effectué. En notre hypothèse, puisque c'est par la volonté ou la non opposition de la femme que le mari entre en jouissance, la loi ne peut le lui imposer. Si elle est opposante un inventaire fait en dehors d'elle ne lui serait pas opposable. Il ne serait donc possible que dans le cas où les deux époux le font d'un commun accord pour éviter toute discussion à la dissolution du mariage ou une confusion de fait en face de créanciers saisissants possibles.

De même, le mari n'est pas obligé de donner caution de jouir en bon père de famille conformément à l'article 601 et ceci par comparaison avec l'article 1550 qui dispense le mari de donner caution pour la réception de la dot. En plus, la femme a la garantie de son hypothèque légale et elle peut mettre fin lorsqu'elle le veut à l'administration du mari.

Au contraire, les articles 605 à 608 lui sont applicables, le mari est tenu des charges d'entretien qui correspondent aux fruits, il n'est pas tenu des grosses réparations.

Faut-il dire avec l'article 613 que la femme est tenue des frais des procès se rapportant à la jouissance. Les

frais se rapportant à la jouissance sont charge des fruits, et le mari ne pourra pas les réclamer; les frais portant sur la propriété ne pourront être réclamés par le mari qu'au cas où ils absorberaient la marge de bénéfices que les fruits ont laissé au mari; en ceci, il faut donner la même solution que pour les impenses.

Il faut appliquer aussi à notre cas, croyons-nous, les articles 614 à 616, ainsi le mari serait responsable s'il ne portait pas à la connaissance de sa femme les usurpations que les tiers ont pu commettre sur son fonds.

Le mari mandataire de sa femme n'a pas à remplacer les arbres fruitiers qui sont morts (article 594) puisqu'il n'acquiert pas en compensation comme l'usufruitier le bois des arbres morts.

Nous avons vu que l'article 599, alinéa 2, interdisant à l'usufruitier de réclamer des indemnités pour améliorations ne s'applique pas. Il ne fait pas partie de la section « des obligations de l'usufruitier ». Il est de plus contraire à un principe général du contrat de mariage. Ce principe se dégage de l'esprit du système des récompenses au régime de communauté, et on pourrait l'exprimer ainsi: « Un époux ne peut s'enrichir aux dépens de l'autre » il est un corollaire du principe général que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Une exception y est faite dans l'usufruit en souvenir du droit romain et parce qu'il n'y a pas de lien contractuel entre les deux titulaires du droit de propriété démembré. En somme, il faudrait rectifier l'article 1580 et écrire que le mari est soumis aux obligations de l'usufruitier, chaque fois que c'est compatible avec notre hypothèse. Le Code n'a d'ailleurs pu vouloir dire autre chose,

CHAPITRE IV

Les garanties que la femme a contre son mari pour les créances nées des paraphernaux

Lorsque le mari s'est rendu responsable d'un défaut d'emploi des paraphernaux de sa femme dans les conditions de l'article 1450, celle-ci peut revendiquer contre lui le prix de leur vente. Lorsque le mari a géré ces mêmes paraphernaux dans les conditions des articles 1577 à 1580, la femme a contre lui une action en reddition de comptes. De là naissent à son profit des créances diverses. Mais ces différentes créances au sujet des paraphernaux seront-elles garanties par l'hypothèque légale de la femme mariée dispensée d'inscription, et cela bien que la loi n'en fasse pas mention expressément ? Bien qu'il y ait des opinions contraires, une réponse affirmative se dégage sans conteste de l'esprit des textes du Code qui traitent de l'hypothèque légale.

L'article 2121 porte que l'hypothèque légale est attribuée « aux créances des femmes mariées sur les biens de leur mari ». Pouvait-on s'exprimer d'une manière plus générale et qui laisse moins de doutes ?

D'ailleurs, les articles 2140, 2144, 2193, 2195 lorsqu'ils veulent nommer les créances garanties par l'hypothèque légale emploient toujours les mots « droits et reprises de la femme ». Or « les reprises » dit le tribun Tarrible « ont une grande latitude, elles comprennent toutes les sommes que la femme est en droit de répéter

sur les biens de son mari, soit à titre d'emploi, soit à titre d'indemnité, soit à titre de récompense sous quelque régime qu'elle soit mariée » (1).

Nous ajouterons que c'est là qu'il faut chercher le véritable esprit de la loi et non dans l'article 2135 qui énumère d'une manière forcément restreinte et succincte les différentes créances de la femme en prenant en considération la date à laquelle elles lui donneront hypothèque.

Et encore nous ne croyons pas qu'on puisse tirer argument contre nous de la phrase de l'article 2135, 2^e, 3^e alinéa « l'hypothèque existe pour le remploi des propres aliénés », parce que le législateur entend du mot « propres » le sens général de biens personnels de la femme, soit dans le régime de communauté, soit dans le régime dotal et qu'enfin lorsqu'au 2^e, 1^{er} alinéa il parle de « dot », il entend s'exprimer au sujet des apports de la femme dans le contrat de mariage sous quelque régime que ce soit.

D'ailleurs, l'article 2135, 2, en disant que « l'hypothèque légale de la femme mariée existe indépendamment de toute convention pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales » semble ne laisser aucun doute, les paraphernaux étant incontestablement nés des conventions matrimoniales et n'existant qu'en vertu du contrat de mariage. Au cas même où il n'y aurait pas de dot, il faut adopter expressément le régime dotal pour que tous les biens de la femme soient parapher-

(1) Cité par Merlin, Répertoire v^o Inscriptions n^o 96.

naux. Dans tout autre cas, lorsqu'il n'y a pas de contrat c'est le régime de la communauté légale qui s'applique.

C'est en vain qu'on essaierait d'opposer les articles 1577 à propos du mandat et 2121 de l'hypothèque légale, parce que si le mari est dans certains cas, en gérant les paraphernaux de sa femme, un mandataire et si alors l'étendue de ses obligations relève des règles du mandat, il n'en demeure pas moins que le système des garanties de la femme est celui de l'hypothèque légale. La qualité de mandant est absorbée par celle d'époux, ce sont deux choses qu'il faut bien se garder de confondre.

La jurisprudence et la doctrine n'ont d'ailleurs à ce sujet jamais varié et il y a peu de temps encore la Cour Suprême proclamait que la femme a son hypothèque légale pour toutes les créances qui peuvent lui advenir à l'encontre de son mari (1).

Après avoir repoussé l'opinion qui expose que la femme n'a pas d'hypothèque légale pour les créances qui naissent des paraphernaux, nous repoussons également l'opinion intermédiaire qui admet l'existence de cette hypothèque, mais lui refuse la dispense d'inscription.

Rien ne prouve dans les textes du Code qu'on ait voulu créer deux sortes d'hypothèques légales : une qui serait dispensée d'inscription et une qui ne le serait pas. L'esprit de la loi veut d'ailleurs que toute créance

(1) Civ. 25 févr. 1891 Dall. 1891-1-201 et note 6.

donnée à un incapable contre ses protecteurs soit dispensée de publicité pendant tout le temps de leur incapacité. Écoutons Treillhard (1) : « Les femmes et les mineurs sont dans l'impuissance d'agir, souvent même dans une impuissance totale et absolue ; le défaut d'inscription ne peut donc leur attirer aucune espèce de reproche ».

Le projet primitif du Code civil donnait à la femme, dans tous les cas où elle avait une créance contre son mari, une hypothèque prenant date du jour du mariage. Sur les observations du Tribunal, l'article 2135 fut modifié et c'est sa rédaction actuelle qui vit le jour.

L'article 2135 primitif portait que l'hypothèque légale est dispensée d'inscription « au profit des femmes pour raison de leurs dot, reprises et conventions matrimoniales sur les immeubles du mari à compter du jour du mariage » et si cet article a été refait sur les observations du Tribunal, ce n'est pas que le principe de la dispense d'inscription fut mis en cause, mais en vue d'un changement dans la date de l'hypothèque. Si le mot très général de reprises a disparu, c'est par une négligence malencontreuse. Donc, malgré la disparition de cette formule générale, il faut maintenir la dispense d'inscription et l'appliquer aux créances nées au sujet de biens paraphernaux.

Il faudra donc distinguer entre les créances qui naissent du contrat de mariage et qui ne peuvent être mo-

(1) Voir Fenet XV, 414.

difiées par la suite : celles-là prennent rang au jour du mariage. Les autres qui peuvent naître ou ne pas naître, comme celles qui résultent de successions ou donations échues à la femme, ou qui naissent seulement de la volonté des époux comme dans le cas où la femme s'oblige conjointement avec son mari, prennent rang du jour de l'acte ou du fait qui leur a donné existence.. Il aurait été trop facile dans le cas contraire, à un mari dont la situation pécuniaire était désespérée, de faire naître en faveur de sa femme des créances pour primer les créanciers auxquels il aurait donné hypothèque depuis le jour du mariage. C'est cette idée sur laquelle insistait Treillhard quand il disait : « Un mari serait maître de dépouiller ses créanciers légitimes en s'obligeant envers des prête nom et en faisant paraître sa femme dans ses obligations frauduleuses pour lui donner hypothèque au jour du mariage et de conserver ainsi sous le nom de son épouse des propriétés qui ne devraient plus être les siennes ».

On pourrait se demander pourquoi le Code a conservé d'une manière absolue la date de l'entrée en tutelle pour l'hypothèque légale des mineurs et au contraire une série de dates pour l'hypothèque légale des femmes mariées : tantôt le jour du mariage, tantôt le jour de la vente ou de l'obligation... C'est qu'il n'y a aucun inconvénient à cela dans la tutelle. On trouve toujours, ou presque, un tuteur à un mineur puisque la loi a pris des dispositions pour cela. Ce sera tantôt la mère survivante, tantôt les ascendants... Au contraire, dans le cas du mariage, il importe de ne pas dissuader par des dispositions trop rigoureuses, un mari possesseur d'im-

meubles d'épouser une femme pauvre, puisqu'il grève ainsi tous ses biens d'une hypothèque légale très gênante et dont peut-être aucune créance ne profitera.

Si le mineur est à la disposition du tuteur, au contraire, la femme peut veiller à ses propres affaires, elle le peut puisque non mariée, la loi donne la même capacité que l'homme et que mariée, elle a, si elle le juge nécessaire, la ressource de la séparation de biens. C'est pourquoi, à juste titre, les rédacteurs du Code ont conservé l'antériorité de cette hypothèque dans le seul cas des conventions matrimoniales.

Quelle est la portée de l'article 2135, 2^e, tel qu'il se présente à nous après les modifications qu'a obtenues le Tribunal ? Cela est d'autant plus nécessaire à rechercher que la matière des paraphernaux n'y étant pas traitée explicitement, il faudra raisonner par voie d'interprétation ou d'analogie.

Pour les uns, le 1^{er} alinéa 2135 serait un principe, les deux suivants seraient des exceptions : donc toutes les créances non prévues par l'article auraient une garantie qui remonterait au jour du mariage. Ce serait une règle générale et le cas de notre matière des paraphernaux (1).

(1) Voici le texte de l'article 2135 : « L'hypothèque existe... au profit des femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales sur les immeubles de leur mari et à compter du jour du mariage ; la femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage qu'à compter

Cela est absolument contraire aux intentions que le Tribunal a eues en faisant modifier l'article 2135 et aboutirait à ce que des créances nées au cours du mariage fussent garanties par une hypothèque légale prenant rang au jour de la célébration. Or, la section du Tribunal avait écrit: « Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il était enfin temps de faire disparaître » (1).

Il serait d'ailleurs vain, croyons-nous, de chercher un principe unique dans cet article qui est la résultante des idées de plusieurs hommes et de plusieurs assemblées telles que le Tribunal et le Conseil d'Etat. Le Code n'est-il pas comme beaucoup de lois votées par des Parlements, une œuvre de transaction ?

On peut, cependant, découvrir les quelques idées directrices qui ont présidé à la naissance, un peu laborieuse, de l'article 2135 et de là, déduire les solutions non prévues par le Code. Voici le point de départ: les créances pour dot et conventions matrimoniales remontent au jour de la célébration. Ensuite, une idée correctrice émanant du Tribunal: pour les créances que la

de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eues leur effet; elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le rempli de ses propres aliénés qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

(2) Fenet XV, p. 414. Loqué XVI 317.

femme peut acquérir au cours du mariage contre son mari et ne résultant pas de conventions matrimoniales, l'hypothèque ne peut être antérieure à leur naissance. De là, l'exception portée au 1^{er} alinéa qui est le corollaire du principe correctif posé par le Tribunat et dont il faut dégager l'idée suivante : quand au cours du mariage la femme acquiert une créance contre son mari en dehors des hypothèses visées plus haut, l'hypothèque remonte au jour du fait ou de l'obligation qui a engendré la créance. Nous voilà donc maintenant porté à étudier en détail les créances qui appartiennent à la femme du fait de ses paraphernaux et à déduire des principes énoncés plus haut, la date à laquelle remonte l'hypothèque qui les garantit, en nous appuyant le plus qu'il nous sera possible sur des décisions jurisprudentielles.

Le mari peut être débiteur de sa femme à raison de la reddition de comptes d'un mandat qu'elle lui a donné sur ses paraphernaux. Si ce mandat a été donné par contrat de mariage, il fait avant tout partie des conventions matrimoniales ; l'article 2135 2^e, 2^e alinéa s'applique et l'hypothèque garantissant les créances qui découlent de ce mandat prend date au jour du mariage. C'est ce qu'a exactement appliqué la Cour de Cassation dans un arrêt de 1868 (1) ; il faut noter qu'il s'agissait d'un mari qui avait touché des créances paraphernales

(1) Civ. 4 févr. 1868, Dall. 1868-1-57 et aussi Cour de Douai du 17 juin 1875, Dall. 1876-2-65.

en vertu d'un mandat inséré dans le contrat de mariage; la Cour a cassé le jugement du Tribunal de Florac qui colloquait la femme au jour où le mari avait touché la créance paraphernale, en s'appuyant sur ce que ce jugement « a expressément violé l'article 2135 du Code ».

Il existe de même une hypothèque légale pour le compte des fruits que le mari doit à sa femme pour la gestion des biens paraphernaux au cas où le mandat est donné postérieurement au mariage qu'il soit exprès ou tacite. On avait dit en sens contraire qu'un tel compte manquant d'éléments de vérification pourrait porter préjudice aux créanciers du mari. Mais l'hypothèque légale a une existence générale. C'est ce qu'a affirmé la Cour Suprême en décidant qu'elle « garantit la totalité des créances de la femme, soit qu'elles consistent en la répétition d'un capital ou en un compte de fruits et revenus perçus par le mari » (1).

Si le mari a administré sur mandat tacite ou sur mandat exprès sans obligation expresse de rendre compte il sera très rare que la femme ait une créance contre lui. Elle pourra seulement, à la première demande ou à la dissolution du mariage, revendiquer les fruits existants. Si c'est le prix des fruits vendus et encore dû qu'elle revendique, la loi, considérant alors ces fruits comme existants, elle devient créancière au lieu et place de son mari.

Au contraire, pour les fruits perçus par le mari sur un

(1) Civ. 31 mars 1879, Dall. 1879-1-427 et note.

mandat avec obligation expresse de rendre compte ou sur opposition de sa part, la femme pourra se trouver créancière de son mari.

L'hypothèque ne prendrait date d'après Odier que du jour « où un compte aura été arrêté et transcrit dans un acte authentique, ou dans un acte sous-seing privé dûment enregistré, parce que sans cela, le compte des fruits manquant d'éléments de vérification, serait une source de fraudes contre les créanciers » (1).

Cette solution n'est-elle pas trop rigoureuse ? Une femme qui fait opposition à la gestion de son mari n'est-elle pas par définition, en désaccord avec lui et peut-elle en conséquence lui demander des comptes de gestion ? Et d'une manière générale, la bonne harmonie du ménage et la nature des rapports de famille s'opposent à ce qu'il soit rendu de pareils comptes entre mari et femme. Adopter cette solution, c'est donc supprimer en fait à la femme en cette matière le bénéfice de son hypothèque.

Nous préférons dire avec Baudry-Lacantinerie et de Loynes que si le mari a administré les biens paraphernaux de sa femme avec mandat, l'hypothèque prendra rang du jour du mandat, puisque c'est de celui-ci que découlent les obligations du mari (2). Cependant, s'il était advenu à la femme des biens par succession ou donation, l'hypothèque, pour les créances qui résulteraient de l'administration de ces biens, ne pourraient

(1) Odier. Traité du contrat de mariage, t. III, p. 436.

(2) Baudry. Traité des privilèges et hypothèques, t. II, p. 571.

remonter avant le jour de la succession ou de la donation. On ne peut, en effet, méconnaître le 2^e alinéa de l'article 2135, 2^e.

Pour Colmet de Santerre (1), au cas de mandat tacite, l'hypothèque légale de la femme prend rang au jour où le mari a pris en main l'administration, mais en ce cas, la possibilité d'une créance pour la femme doit être envisagée exceptionnellement, puisque le mari est dispensé de rendre compte des fruits consommés et que les fruits existants par définition se retrouvent en nature.

Si le mari avait continué d'administrer les paraphernaux de sa femme après une opposition de celle-ci, l'hypothèque légale de la femme prendrait rang à chaque échéance. Aucun lien juridique n'étant à l'origine de cette administration, ce sont les seules dates auxquelles logiquement elle puisse remonter.

Si le mari avait commis des dégradations sur les paraphernaux, l'hypothèque de la femme remonterait à la date de ces dégradations ou, tout au moins, du jugement constatant ces dégradations et portant condamnation.

Il faut dire toutefois que ces solutions sont en désaccord avec la dernière jurisprudence de la Cour de Cassation. En effet, à partir de 1897 (2) celle-ci a jugé contrairement à l'opinion d'une majeure partie de la doctrine que le 1^{er} alinéa de l'article 2135, 2^e est la règle et que les 2^e et 3^e alinéas sont des exceptions; qu'en consé-

(1) Colmet de Santerre, t. IX, n° 105 bis.

(2) Civ. 25 juin 1895, Dall. 1897-1-553, *id.* Tribunal Civil de Soissons, 19 juin 1901, Dall. 1902-2-350.

quence hors les cas prévus aux 2^e et 3^e alinéas l'hypothèque remonte au jour du mariage.

Aubry et Rau se sont ralliés dans l'édition de leur livre, postérieure à cette décision, à l'opinion de la cour Suprême. Nous persistons au contraire à croire qu'en dehors des créances qui naissent aux 2^e et 3^e alinéas de l'article 2135, l'hypothèque légale prendra rang à la date de l'obligation qui fonde la créance. C'est comme nous l'avons vu plus haut, conforme à l'intention des rédacteurs du Code et c'est plus juste aussi. Dans les travaux préparatoires, on l'a vu, le grand souci des jurisconsultes fut de ne donner à la femme une hypothèque remontant au jour du mariage qu'au cas de conventions matrimoniales pour que la femme par des fraudes ne put primer des créanciers postérieurs.

Si la femme a vendu ses biens paraphernaux et que son mari l'ait autorisée, elle a contre lui une créance du prix de vente pour défaut de remploi. Dans ce cas, l'hypothèque de la femme remontera au jour de la vente parce que le mari est débiteur non à raison d'avoir encaissé le prix, mais par le seul fait d'avoir autorisé la femme. Et on peut ajouter en ce sens et par voie d'analogie entre les propres et les paraphernaux, l'argument de texte de l'article 2135 qui dit expressément que la femme a hypothèque « pour le remploi de ses propres aliénés du jour de l'obligation ou de la vente ». Cette question est soumise rarement à la Cour de Cassation. Elle s'est prononcée en ce sens la dernière fois en 1852, elle a refusé de casser un arrêt de la Cour de

Montpellier confirmatif d'un jugement du Tribunal de Saint-Affrique. Elle disait qu'il « ne saurait y avoir, ni en équité, ni en droit, aucun motif pour refuser pour le prix de ses paraphernaux aliénés avec l'assistance et le consentement du mari, la garantie qui, dans les circonstances identiques, lui est accordée en termes exprès par les articles 1450 et 2135 c. civ. pour le prix de ses propres aliénés au cas de séparation » (1); de même pour la question de la date, nous lisons dans l'arrêt de Saint-Affrique précité « que l'hypothèque étant l'accessoire d'une créance personnelle, ne peut prendre naissance que du jour où cette obligation a été contractée ».

Le mari peut aussi se trouver devoir le prix parce qu'il a assisté à la vente, la femme étant autorisée de justice ou parce que la femme prouve qu'en fait, il a profité du prix, tout en n'ayant pas consenti ou participé à la vente. Dans ce cas, l'hypothèque remonte au jour où le mari a touché le prix et non à celui de la vente. Celle-ci, en effet, n'a aucun rapport avec la dette. On applique simplement le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

On ne peut ici demander à la femme pour opposer aux tiers créanciers la date de la réception par le mari un acte ayant date certaine, cela ne lui étant pas possible. Reste à examiner l'hypothèse un peu exceptionnelle où le mari a vendu seul le paraphernal de la femme et où celle-ci a ratifié après coup la vente qui était une vente de la chose d'autrui.

(1) Civ. 27 avril 1852, Dall. 1852-1-162.

La Cour de Paris a décidé, en 1863, que l'hypothèque de la femme remonte au jour de la vente faite par le mari, parce que c'est à ce jour que naissent les obligations du mari (1).

En effet, de deux choses l'une : ou bien la femme revendique aux mains des tiers le paraphernal vendu et elle n'aura pas de créance contre son mari. La vente ayant été faite en dehors d'elle et ne lui étant pas opposable (2), elle revendique ce qui n'a jamais cessé de lui appartenir, elle le reprend.

Ou bien elle confirme cette vente, ce n'est pas une nullité relative puisqu'il n'y a ni incapacité, ni vice de consentement, l'article 1338 n'a donc pas à s'appliquer : nous ne sommes pas en présence de la confirmation d'un acte rescindable. Dans ce cas, la femme confirme la gestion de son mari et comme « *ratihabitio mandato æquiparatur* » » elle fait de lui un mandataire ayant traité en son nom : de ce fait, la vente devient parfaite du jour où le mari l'a conclue et l'hypothèque légale qu'elle peut avoir pour défaut de remploi remonte à ce même jour (3).

Au cas où le mari a touché un capital paraphernal, nous n'aurons pour nous guider aucune disposition expresse de l'article 2135, mais nous pourrions raisonner par voie d'analogie. C'est ce qu'a fait un arrêt de

(1) Cour de Paris, 18 juin 1863, Dall. 1864-5-208.

(2) Article 1165 C. civ.

(3) Contra. Baudry-Lacantinerie, Hypothèques 2-562.

la Cour de Cassation de 1893 en jugeant que « l'hypothèque légale garantit la créance de la femme dotale à raison des valeurs paraphernales reçues par le mari et qu'elle prend rang à la date où elles lui ont été remises, lorsque ce n'est pas en vertu des conventions du contrat de mariage qu'il les a touchées ». Cet arrêt (1), il est vrai, avait été rendu avant le revirement de 1897, mais il n'en reste pas moins qu'il juge dans le sens des travaux préparatoires du Code civil et peut-être quelque jour, la Cour Suprême reviendra à juger qu'en dehors des créances prévues par les conventions matrimoniales, l'hypothèque légale ne peut prendre date au jour de la célébration du mariage.

Donc, si le mari reçoit une valeur paraphernale, la garantie de la femme remontera au jour de la réception. Si le mari avait touché la somme en vertu d'un mandat, la garantie prendrait date au jour où le mandat a reçu date certaine.

L'arrêt de la Cour de Cassation précité qui avait confirmé un arrêt de la Cour de Montpellier avait souligné la nécessité d'une date certaine pour que la femme puisse opposer cette date aux autres créanciers hypothécaires du mari. Elle écrivait qu'il fallait que cette date « soit établie suivant les règles édictées par la loi pour la preuve des obligations », c'est-à-dire suivant l'article 1328 du Code civil.

Cette même Cour avait déjà posé ce principe en 1851 d'une manière qui ne laisserait aucun doute, elle s'ex-

(1) Req. 1^{er} mai 1893, Dall. 1894-1-57.

primait ainsi (1) : « Qu'à l'égard des tiers, l'article 1328 précité pose des règles sur ce dernier point qui s'appliquent à tous les actes sous-seing privé et qu'aucune disposition de la loi n'y dérogeant quant à l'hypothèque de la femme mariée dans le cas ci-dessus, l'on ne peut créer pour ce cas une exception qui n'est pas écrite dans la loi. Attendu qu'il suit de là que les tiers créanciers du mari sont en droit de se prévaloir du défaut de date certaine des obligations dont la femme ou son subrogé réclame l'indemnité pour contester le rang de l'hypothèque légale qui en résulte ». Il s'agissait d'une femme qui s'était obligée envers son mari et il fallait prouver la date certaine de cette obligation.

Il en serait de même dans les autres cas de mandat rencontrés au début du chapitre, pour les mandats donnés en matière d'administration et d'une manière générale pour toutes les autres créances dont la femme serait titulaire et qui seraient constatées par écrit.

Dans notre curieux arrêt de 1893, au cas où la femme fera la preuve de sa créance, ajoute la Cour, par tout autre moyen qu'un acte authentique ou sous-seing privé ayant date certaine, elle pourra l'opposer aux tiers si elle arrive à la déterminer en usant des articles 1341 et suivants du Code, c'est-à-dire par témoins.

Ici, l'épouse réclamant à son mari des sommes paraphernales que celui-ci avait touchées au cours du mariage prétendait prouver en outre que la date de la réception de ces sommes était antérieure en fait à l'acte

(1) Civ. 5 févr. 1851, S. 1851-I-192.

authentique par lequel le mari « s'était reconnu débiteur de pareille somme envers elle ». Cet arrêt constitue une décision originale qui semble un peu sujette à caution pour la manière dont il interprète les règles du Code relatives aux preuves.

Le premier point, en effet, n'est pas discutable : l'hypothèque de la femme remonte au jour où le mari a touché les sommes et la femme, pour opposer la date de la réception aux tiers créanciers du mari, doit produire un acte ayant date certaine.

Mais la femme peut-elle se servir envers les tiers créanciers de cet acte authentique comme un commencement de preuve par écrit ? Un commencement de preuve par écrit n'est-il pas suivant les termes de l'article 1347 « un acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblablement le fait allégué ». Or, l'acte, en notre cas, émane de la femme et du mari. Il serait donc, d'après cet arrêt, possible aux deux époux de se créer de toutes pièces cette preuve à l'encontre des créanciers.

De plus, l'acte portant reconnaissance de la dette par le mari ne contenant pas d'indication de la date de la réception du capital par celui-ci, la femme fait la preuve de cette date par témoins. La question est de savoir si on peut établir par témoins une date certaine, chose éminemment discutable à notre avis. Demolombe se contente de dire que « l'acte qui serait présenté comme commencement de preuve par écrit ne serait lui-même opposable aux tiers, et, par conséquent admissible comme tel, qu'autant qu'il aurait acquis une date certaine par l'un des moyens que l'article 1328 déter-

mine » (1), ce qui semble vouloir dire par a contrario que dans ce cas de preuve par témoins, on ne peut établir de date certaine que celle qui est attachée à l'acte faisant fonction de commencement de preuve par écrit.

Dans la solution donnée par l'arrêt de la Cour de Cassation, la femme se trouvera dans une situation plus favorable que si dans l'acte authentique le mari avait reconnu avoir reçu la somme à une date antérieure à l'acte. En effet, d'après l'article 1319, cet acte « fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant cause ». Quant aux tiers qui ont des droits sur le patrimoine de l'un des contractants, ils ne peuvent se voir opposer des modifications à ce patrimoine qui seraient la conséquence d'affirmations des parties, ou à plus forte raison d'une absence de mention dans l'acte.

Enfin, il existe un argument d'analogie avec les actes sous-seing privé. Si un acte sous-seing privé acquiert une date certaine, il ne peut le faire que par l'un des cas prévus à l'article 1328 et aucune preuve n'est recevable afin de prouver qu'en fait, la date était antérieure à l'enregistrement ou à la mort d'une des parties suivant le cas. Pourquoi ici pourrait-on faire cette preuve par des moyens non prévus par le Code ?

L'hypothèque légale de la femme mariée va subir en matière commerciale des restrictions notables. Elles auront lieu seulement d'après le texte de l'article 363 du Code de commerce lorsque le mari était commer-

(1) Demolombe. Cours de Code Civil, t. XXIX, n° 574

çant au moment du mariage, ou qu'il l'est devenu dans l'année qui suit la célébration.

La femme garde son rang, elle est dispensée d'inscription comme en matière civile, mais son gage va être diminué. Son hypothèque ne porte que sur les immeubles qui appartenaient au mari au moment de la célébration du mariage ou qu'il a acquis depuis par donation ou succession. Les biens qu'il aurait acquis depuis le mariage à titre onéreux sont présumés l'être de l'argent des créanciers.

De plus, les créances pour lesquelles la femme pourra invoquer son hypothèque sont réduites à trois groupes déterminés. Le dernier cas où elle peut l'invoquer « pour indemnité des dettes par elle contractées avec son mari » n'a rien qui puisse intéresser spécialement les biens paraphernaux. Nous examinerons seulement les deux autres. Il peut s'agir d'abord de deniers ou d'effets mobiliers qui seraient survenus à la femme par contrat de mariage ou postérieurement et que le mari aurait touchés. Cela peut se produire en matière paraphernale. Ainsi, dans l'arrêt de Cassation du 21 novembre 1887 (1), un mari avait touché un capital paraphernal de sa femme et il avait fait mention de sa réception sur son livre de commerce.

Dans cet arrêt on applique les règles antérieures à la loi du 29 avril 1924, elles ont seulement aujourd'hui un intérêt rétrospectif.

La preuve était difficile pour la femme car la loi pour sauvegarder les droits de la masse exigeait qu'elle

(1) Req. 21 nov. 1887, Dall. 1888-1-204.

fasse la preuve de la réception par le mari par un acte ayant date certaine. Ainsi, dans l'arrêt précité, les prétentions de la femme furent repoussées par ce fait que l'inscription de cette réception sur les registres de commerce du mari ne suffisait pas à lui donner une date certaine.

C'est ce qui distinguait le régime de la faillite de celui des reprises en matière de société d'acquêts. Dans ce régime, si la femme devait alors faire la preuve de la consistance de son mobilier par inventaire, il lui suffisait de prouver le fait de la réception par le mari sans aucune exigence de date (1).

Depuis la nouvelle loi, la nécessité de prouver la date certaine de la réception par le mari a été supprimée, ces mots ayant été rayés purement et simplement de l'article 563.

Si la femme réclame à l'encontre de la masse le prix d'un immeuble paraphernal vendu avec le consentement de son mari et dont il n'a pas été fait remploi, elle conserve son hypothèque avec un gage limité suivant les termes de l'article 563 du Code de commerce. Mais elle n'a besoin de faire aucune preuve spéciale, ici la présomption de l'article 1450 étendue par extension aux biens propres de la femme sous tous les régimes conserve toute sa force. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation (2), elle écrivait « qu'il suffit donc, d'après

(1) Civ. 24 janv. 1905 et 6 févr. 1908. D. 1908-1-353 et note de M. de Loynes. Cependant, certains auteurs, comme M. Capitant, étaient d'opinion contraire et écrivaient que la loi exige en matière de société d'acquêts la preuve de la réception par le mari, par un acte authentique.

(2) Civ. 27 déc. 1852, Dall. 1853-1-39.

les termes de la loi, que la femme prouve d'une part, l'aliénation faite d'un bien à elle propre et, d'autre part, que cette aliénation a été faite durant le mariage; que l'article 563 du Code de commerce, n'a donc en ce qui touche cette nature de créance de la femme, rien innové aux dispositions du Code Napoléon... »

Avant la loi de 1924, lorsque la femme voulait seulement exercer son droit de créancière chirographaire, il aurait semblé qu'elle ne soit pas soumise aux exigences de l'article 363 c. com. au point de vue de la preuve. En matière de dot, par exemple, il aurait semblé qu'elle puisse invoquer la présomption de l'article 1569 à savoir que le mari, lorsque 10 ans se sont écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot est présumé l'avoir touchée. La jurisprudence cependant exigeait dans tous les cas un acte ayant date certaine (1).

Depuis la loi nouvelle, la question ne peut plus se poser puisque dans aucun cas, la loi n'exige de la femme la preuve d'une date certaine.

Voilà donc la garantie que l'hypothèque légale donne à la femme paraphernale. Ce n'est pas ici le moment d'en faire la critique. On peut toutefois souligner la fragilité de cette garantie à laquelle la femme peut toujours renoncer sauf lorsqu'il s'agit de créances dotales. Nous indiquerons dans notre conclusion comment certains Codes ont cru pouvoir s'en passer.

(1) Cass. 22 nov. 1886, S. 1890-1-485.

CHAPITRE V

Reprises en nature de la femme paraphernale et modifications apportées à ses droits par l'état de faillite du mari

Il se peut que la femme paraphernale, qu'elle soit créancière ou non de son mari, lui réclame en nature ses biens mobiliers ou immobiliers. S'il s'agit d'immeubles, la question sera facilement tranchée quant à la preuve à faire et quant à l'identité des biens.

Si la femme paraphernale revendique en nature du mobilier possédé par le mari, il s'agit de savoir si elle se trouve soumise aux articles 1498, 1499, 1502 à 1504 du Code modifiés par la loi du 29 avril 1924 et dont le domaine propre est la communauté réduite aux acquêts.

Examinons d'abord quelles sont ces règles de la communauté d'acquêts et s'il y a quelque intérêt pour la femme à les appliquer aux reprises en nature de mobilier paraphernal à la place des règles de preuve de droit commun.

Sous ce régime, les règles du Code avaient subi à cause de leur peu de précision une large interprétation de la jurisprudence et la loi de 1924 est venue sur beaucoup de points confirmer l'interprétation de cette dernière

Pour la preuve à fournir par la femme à l'égard du mari ou de ses héritiers, la loi précitée n'a rien changé aux dispositions des articles 1502 à 1504. La jurisprudence antérieure faisait rapporter ces articles à la preuve à fournir entre époux; la nouvelle rédaction de l'article 1499 la consacre et ne laisse plus aucun doute. Il porte qu'« entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504 ».

Ainsi donc, la femme pourra réclamer à son mari les meubles à elle donnés par contrat de mariage en s'appuyant sur la quittanec qu'il lui a fournie. Pour ceux qui lui sont advenus au cours du mariage, comme elle est présumée ne pas avoir pu se procurer de preuve écrite, elle pourra prouver la consistance de ce mobilier de toute manière, même par commune renommée.

Pour ce qui est de la preuve à faire à l'égard des tiers, l'article 1499 est modifié, il ne sera plus nécessaire à la femme d'établir la consistance de son mobilier propre par acte authentique, elle pourra le faire suivant le droit commun. Elle pourra donc, au-dessous de 150 francs, établir cette preuve par témoins et au-dessus de cette somme par un écrit quelconque ou commencement de preuve par écrit et témoins.

On voit dès lors la position de la question: si on applique à la femme paraphernale la loi du 20 avril 1924, cela ne change rien pour elle dans ses rapports avec les tiers. Cela lui donne simplement par rapport à son mari la faculté de faire la preuve du mobilier échu pendant le mariage par la voie de la commune renommée.

Les règles de l'ancien droit écrit donnaient à la femme dotale des facilités pour la preuve de ses reprises. D'après Roussilhe (1), elle pouvait user pour reprendre ses meubles propres de la preuve testimoniale; il écrivait « de simples présomptions doivent suffire pour faire obtenir à la femme tout ce qu'on peut présumer qui était chez elle lors de son mariage et elle doit être admise à la preuve par témoins, comme elle avait tels meubles et tels bestiaux: je l'ai toujours vu pratiquer ainsi ». Il y avait donc là un commencement de réglementation de cette preuve qui peut être comparé à l'alinéa 3 de l'article 1404, mais lorsque le Code réorganisa le régime dotal, il n'en fut plus trace. Faire appliquer les règles de la société d'acquêts en cette matière aux reprises en nature des meubles paraphernaux, ce serait renouer la tradition historique.

Cependant, la majorité de la doctrine ainsi que la plupart des arrêts se prononcent en sens contraire. D'après M. Capitant (2), il ne faudrait pas étendre les règles de la société d'acquêts aux régimes séparatifs. Et il donne comme raison décisive d'après lui, qu'on ne peut étendre les règles des régimes de communauté aux régimes non communautaires.

Il y a toutefois un arrêt de la Cour de Rennes qui donne la solution contraire; il assimile les régimes séparatifs aux régimes de communauté pour la preuve de la reprise des meubles propres. Cet arrêt, bien

(1) De la dot, édition Sacaze, p. 103.

(2) H. Capitant. De la preuve des reprises sous le régime de communauté. Loi du 29 avril 1924, p. 42.

qu'isolé se prononce dans le sens vers lequel nous voudrions voir s'orienter notre jurisprudence.

Dans cette espèce, sous un régime de séparation de biens contractuelle, un créancier du mari avait fait saisir le mobilier de la femme. Celle-ci ayant fait opposition à la saisie, la Cour juge en appel que celle-ci est bien fondée, puisque la femme n'a pu prouver par inventaire ou autre acte authentique la propriété de son mobilier et elle dit (2) : « que du reste il est généralement admis en appliquant par analogie l'article 1510 du Code civil, que, à défaut d'état ou d'inventaire établissant la consistance du mobilier, les créanciers de chacun des époux ont le droit de saisir tout le mobilier qu'ils possèdent ensemble ».

Cet article 1510 fait partie de ces quelques dispositions du Code qui régissent la preuve de la reprise des meubles de la femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. L'article 1499 règle la preuve de ces reprises à l'égard des tiers en général; l'article 1510 la règle à l'égard des tiers saisissants lorsqu'il y a clause de séparation de dettes et à plus forte raison société d'acquêts. Ils sont en si étroits rapports que la loi de 1924 les a modifiés tous les deux dans le même sens.

Donc, l'arrêt de la Cour de Rennes, en faisant appliquer l'article 1510 par analogie à la séparation de biens permet d'y faire rapporter les articles 1499, 1502, 1504 lorsque cela est possible. Et il est légitimement

(1) Rennes, 27 février 1923. Gaz. du Palais, 1923-2-35.

permis de faire le même raisonnement depuis que la femme peut faire la preuve de ses reprises envers les tiers, par les moyens de droit commun.

Récemment encore un praticien écrivait à propos de la loi nouvelle (1) qu'elle s'applique aussi malgré son titre malheureux, à tous les régimes sous lesquels le mari a l'administration des biens de sa femme. En notre cas, le mari n'administre-t-il pas les biens de la femme du fait de l'abandon qui se produit entre ses mains ?

Si l'on rattachait en cette matière le cas de la femme séparée à celui de la femme commune, ce serait soustraire la première aux règles du droit commun, chose qui, nous l'avons vu, n'a pas actuellement un très grand intérêt pratique; l'intérêt qu'il y aurait pour la femme séparée serait d'être appelée éventuellement à jouir des progrès que la jurisprudence ou la législation peuvent faire subir à une matière vivante et sur laquelle se porte l'attention des praticiens.

Si le mari est un commerçant et qu'il ait été déclaré en faillite, la femme sera soumise pour ses reprises en nature aux règles prévues par le Code de commerce. Celles-ci s'appliquent sans conteste à tous les régimes, l'article 560 du Code de commerce ne faisant pas de distinction (2). Il suffit pour que cet article s'applique

(1) Nouveau répertoire général pratique de Jurisprudence de Doctrine et de législation, janvier 1925. Note pratique sur la loi du 29 avril 1924, par M. Fougerolles, p. 6.

(2) Fougerolles, *loc. cit.*, p. 5.

que le mari soit un commerçant déclaré en faillite, qu'il y ait des meubles possédés en propres par la femme et qu'elle les revendique.

Avant la loi de 1924, l'identité des meubles devait être prouvée par inventaire ou par tout autre acte authentique. Actuellement, l'article 560 renvoie simplement à l'article 1499. Or l'article 1499 nouveau, comme nous l'avons déjà vu, ne demande plus à la femme pour faire la preuve de ses reprises mobilières à l'égard des tiers que les moyens de droit commun.

Cette loi a ainsi remplacé un régime d'interprétation jurisprudentielle, c'est-à-dire laissant place à de nombreuses contradictions. Elle a favorisé la femme et lui a donné de grandes facilités de preuve. Elle permet en plus d'économiser des frais d'inventaire, mais ne facilite-t-elle pas un peu les collusions entre époux et la preuve par les moyens de droit commun ne laisse-t-elle pas place en notre matière à des difficultés pratiques et ne peut-elle pas donner lieu à des erreurs ? C'est ce qu'avaient voulu éviter les rédacteurs du Code civil en rompant avec les traditions de l'ancien droit civil.

CONCLUSION

Un régime matrimonial qui laisserait à chaque époux sa pleine capacité réduirait à fort peu de choses les rapports qui pourraient s'établir entre leurs patrimoines respectifs.

Au contraire, le régime français, tel que l'établit le Code, prive la femme mariée d'une partie des droits qu'elle aurait eus si elle était restée célibataire. Ces droits sont exercés par le mari, mais celui-ci, par voie de conséquence, encourt des responsabilités et par là devient débiteur de la femme. Ainsi s'établissent des rapports nombreux entre les patrimoines respectifs des époux.

La femme, soumise dans ses biens à la volonté du mari, doit être protégée et la loi soucieuse de ses intérêts, comme elle l'est de tous ceux des incapables, lui donne des privilèges pour qu'elle puisse rentrer en possession de ses créances. Il s'agit ici de l'hypothèque légale. C'est une vieille institution qui remonte au régime dotal romain et qui servait à garantir à la femme la restitution de sa dot dont le mari acquérait originairement la propriété. Actuellement, elle sert à garantir toutes les créances que la femme peut avoir à l'encontre de son mari et à quelque titre que ce soit.

Des pays voisins ont su se passer de l'institution de l'hypothèque légale : ce n'est pas un grief bien grave contre celle-ci. Autre chose plus grave, c'est le caractère illusoire en France de cette protection, puisque la femme l'abandonne presque toujours et cela sous deux formes : soit en renonçant purement et simplement, soit en subrogeant le créancier du mari à son propre rang. La loi du 13 février 1889 a bien réglementé ces subrogations ou renonciations, mais peu importe qu'il faille insérer dans un acte authentique une clause de renonciation expresse à l'hypothèque ; la femme veut bien renoncer, la nécessité de relever le crédit de son mari l'y oblige. En réalité donc, chaque fois que les circonstances le lui imposent, la femme anéantit cette garantie.

Il existe un seul cas dans lequel elle ne peut pas renoncer : cela a lieu si elle est mariée sous le régime dotal (1).

Si, d'autre part, on adopte un régime d'indépendance absolue dans les rapports des patrimoines respectifs des époux, il semble que la femme soit mieux protégée étant indépendante. Les faits nous prouvent au contraire, abondamment, comme nous l'avons montré dans notre introduction, que la femme abandonne le plus souvent à son mari la gestion de ses intérêts.

Et c'est là cependant la tendance des législations modernes : donner à la femme plus de droits et diminuer

(1) Article 20 du décret-loi du 28 février 1852 sur les Sociétés de Crédit Foncier. « La femme, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, peut renoncer à son hypothèque légale »,

les sûretés qu'elle avait sur les biens de son mari : Quelquefois, il a fallu, bien qu'on soit parti du principe de l'indépendance de la femme, revenir par voie d'exception à l'ancien système. Ainsi dans le Code allemand (1), le mari qui, par sa gestion compromet les intérêts de sa femme peut être obligé par la justice de consigner soit à la Reichsbank, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations, mais les pouvoirs du mari sur les biens réservés étant très restreints, cette sûreté réelle ne doit être demandée qu'exceptionnellement.

Il y a incontestablement dans ces tendances nouvelles la manifestation d'un esprit nouveau. D'ici un demi-siècle peut-être, les diverses législations auront dû prendre parti entre l'ancienne communauté et le nouvel esprit des régimes de séparation. Ceux-ci, toutefois resteront un peu théoriques jusqu'au jour où la femme plus armée dans la pratique des affaires, exercera les droits que ces régimes lui donnent déjà.

Cette étude nous amène ainsi naturellement à examiner dans sa conclusion la position des régimes de séparation. On peut trouver des arguments en leur faveur dans les désirs des féministes, dans les faits législatifs contemporains et dans les statistiques que peuvent nous fournir les études des notaires. Et cette division tripartite nous permettra d'esquisser une vue d'ensemble sur l'avenir de ce régime ou de la paraphernalité, ainsi que de celui des quelques articles qui réglementent les abandons de gestion au profit du mari.

(1) Article 1391.

A la fin du xix^e siècle est né un nouveau mouvement d'idées : le féminisme. Ses théoriciens poursuivent des buts bien différents et le terme féministe, dont le sens est très large, indique toute personne qui désire l'égalité économique, politique ou sociale des sexes. Ces théoriciens réclament l'indépendance de la femme dans le mariage et ils mettent en honneur le régime de la séparation de biens qui, dans l'état actuel des choses, est celui qui se rapproche le plus de leurs désirs.

Pendant les trois quarts du xix^e siècle, il faut le dire, juristes et philosophes avaient trouvé la subordination de la femme toute naturelle. Celles-ci, à l'époque où la famille avait conservé toute sa cohésion, avaient accepté leur situation juridique et elles usaient encore moins que maintenant des libertés d'administration que leur avait laissées le Code. Mais, en 1869, Stuart Mill écrit un livre sur « l'assujettissement des femmes » et voilà que le mouvement féministe prend de l'extension. En France, il semble n'avoir pas eu grand essor, arrêté par l'indifférence des intéressées elles-mêmes, surtout dans les provinces. Mais il y a là sans aucun doute un mouvement universel d'idées. A l'étranger il s'est manifesté par de nombreuses lois en la matière des régimes matrimoniaux et on ne peut pas ne pas en tenir compte.

En face des desiderata des théoriciens du féminisme, les régimes de séparation ont peut-être quelques chances de devenir des régimes de droit commun à la place de la communauté dont beaucoup ne cessent de faire le procès. Et ces quelques articles du Code qui prévoient l'abandon au mari par la femme de l'administration

de ses biens propres pourront être chez nous un moyen de transition pour amener son émancipation progressive sans que nos législateurs aient à innover trop prématurément. Si la femme, prenant conscience du rôle moins effacé que les féministes veulent lui donner dans la conduite de ses affaires se montre capable d'administrer elle-même ses biens propres, elle pourra réclamer une émancipation plus complète sinon on pourra toujours lui objecter : commencez avant tout à exercer les droits que le Code vous accorde.

Nous trouvons en 1900 les revendications des femmes exposées d'une manière systématique dans les vœux et les discussions du Congrès international féministe (1). Il faudrait souligner toutefois que ce Congrès semble avoir été l'œuvre d'intellectuelles à l'esprit un peu imbu d'idées révolutionnaires. Mais peu importe, ce Congrès est depuis 1900 le seul qui, probablement, ait jamais été tenu en cette matière par des représentants de tous les pays et depuis lors, les idées ont évolué dans un sens encore plus audacieux. La section de droit privé avait en son rapporteur l'autorité de René Viviani.

Le vœu n° 8 du Congrès porte que « le régime de séparation de biens avec société d'acquêts soit substitué comme régime légal à la communauté ». L'adjonction des mots « société d'acquêts » ne fut faite qu'après une vive discussion et dans laquelle il fut souligné que la communauté « deviendra une association dans laquelle les associés auront les mêmes droits ».

(1) Compte rendu du Congrès International féministe de 1900. Imprimerie des Arts et Manufactures, Paris, 1901.

Nous croyons qu'ici les congressistes ont fait fausse route. Le régime de communauté est incompatible avec l'indépendance de la femme. Cette masse commune doit être administrée par une seule personne; la faire administrer par les deux, c'est aller à des complications, créer ensuite un rouage qui ne pourra fonctionner. Dans toute association, il faut abandonner à quelqu'un le pouvoir de prendre des décisions; ici nous avons deux personnes investies de pouvoirs égaux, elles ne pourront agir que d'un avis commun, ce qui se produira très rarement.

Le Code Suisse prévoyant cette difficulté n'a pas adjoint la communauté à la séparation de biens, ce qui d'ailleurs est un illogisme dans les termes. Il décide que chaque époux pourra réclamer, à la dissolution du mariage, une partie des acquisitions que chacun d'eux a pu faire pendant sa durée. Ainsi, il y a des acquêts sous le régime de la séparation et ils ne forment une masse indépendante de calcul que pour la revendication de l'autre époux.

M. Charles Beauquier, député du Doubs en 1900, avait déposé au Congrès un rapport tendant à l'adoption comme régime légal de la séparation de biens pure et simple (1).

En 1908, M. Beauquier a déposé un projet de loi tendant à accorder à la femme mariée son entière capacité sur les biens non communs (2). Plus tard, en 1920, le

(1) Voir rapport Beauquier annexé au compte rendu du Congrès de 1900.

(2) Documents parlementaires S. O. 1908, n° 1753, p. 429.

sénateur Martin déposa un autre projet de loi substituant à la communauté comme régime légal la séparation de biens (1). Bien entendu, ni l'un ni l'autre de ces projets n'ont été adoptés ; mais le second a provoqué à la Société d'Etudes législatives une discussion qui peut nous permettre de situer les régimes séparatifs non seulement quant à l'opinion des féministes, mais encore par rapport aux autres législations et d'un point de vue plus général (2).

On ne peut pas nier que ce régime fasse peu à peu des progrès chez nos voisins et dans le monde entier. En Angleterre (3), où l'évolution produite est assez typique, la femme a passé d'un régime d'effacement et de sujétion très grands à un régime de liberté. Sous l'influence de la féodalité, la femme, n'ayant pas d'épée, ne pouvait jouer de rôle juridique. Dans le mariage en particulier, elle ne pouvait faire aucun acte par elle-même. Les tenues ou biens immobiliers de la femme appelés « Real Property » étaient soumis à l'usufruit du mari, le mari devenait propriétaire des autres biens de la femme, c'était la « Personal Property ». Plus tard, sous l'influence de la jurisprudence, la femme put posséder des biens propres lorsqu'elle les confiait à des fiduciaires (trustee) ou bien lorsque c'était la condition du contrat de mariage (marriage settlement). C'est ce qu'on entendait sous le nom de « Separate estate » ;

(1) Journal Officiel. Docum. parlementaires du Sénat, p. 196, juin 1926.

(2) Bulletin de la Société d'Etudes Législatives 1922, question n° 49, pages 137 et suivantes, p. 204 et suivantes.

(3) S. Deloison. La femme mariée en Angleterre. Thèse Paris 1921.

sur ces biens, la femme avait pleins pouvoirs comme si elle était « femme sole ».

Enfin, trois Acts en 1870, 1874, 1882 vont consacrer l'indépendance de la femme. De ces « Married Womens Property Acts », deux sont particulièrement importants. Celui de 1870 consacre l'indépendance de la femme pour ce qui est de ses gains et salaires, celui de 1882 donne à la femme mariée le droit de détenir et de disposer comme si elle ne l'était pas. Ainsi la femme mariée anglaise vit maintenant sous un régime de séparation. Il en est de même aux Etats-Unis, au Mexique, en Italie depuis 1867, à Cuba et en Finlande depuis 1917, en Suède depuis 1920, en Pologne depuis 1921.

Seules l'Allemagne et la Suisse, en revisant leurs Codes, n'ont pas adopté un régime de séparation de biens, mais du moins elles n'ont pas adopté la communauté. Elles se sont ralliées à un régime de séparation d'intérêts.

L'Allemagne en particulier, fidèle aux traditions des pays germaniques, adopte un régime qui ressemble à notre contrat sans communauté français. Deux parts des biens sont faites l'une, des biens que la femme acquiert par son salaire et sur lesquels elle possède pleins pouvoirs ou biens réservés; les autres biens tout en demeurant la propriété de la femme sont soumis à l'administration du mari.

Pour tout dire, le régime de communauté tel qu'il se pratique dans notre pays est un anachronisme. Le développement des valeurs mobilières a donné à la masse commune une importance qu'elle était loin d'avoir à ses origines du xiii^e au xvi^e siècles. A cette époque, la

communauté se composait de meubles meublants qui sont les choses d'usage vraiment commun dans l'association conjugale et des acquêts qui sont le fruit du travail commun. Cela était logique. Maintenant, la communauté n'est plus qu'une source de difficultés et de procès.

Elle recueille toutefois les suffrages de pas mal de notaires; cela se comprend, car elle est la source de liquidations compliquées, mais fructueuses pour eux.

Dans le régime de séparation, au contraire, il n'y a aucune difficulté de liquidation. Tous les biens sont propres à chaque époux, à la dissolution chacun garde les siens, aucun procès ne peut se greffer là-dessus. De plus, c'est le seul régime qui se concilie vraiment avec l'idée de la capacité de la femme dans le mariage. Dans un régime de communauté, on peut bien proclamer théoriquement la pleine capacité de la femme, mais on est obligé de la lui retirer immédiatement pour un motif d'utilité. Les biens communs ne pouvant être administrés que par un seul, il est nécessaire de donner sur eux tous les pouvoirs au mari.

Adopter un régime de séparation, c'est atténuer l'application de l'incapacité de la femme mariée qui, chez nous embarrasse tous ceux qui veulent lui donner un fondement solide. Dérive-t-elle de la fragilitas sexus ou bien de la nature de l'autorité maritale ? Tous les auteurs répètent à l'envi qu'à examiner les solutions de notre droit les deux motifs pourraient aussi bien se justifier. En adoptant la séparation, au contraire, on peut poser comme corollaire immédiat la capacité de la femme et ne la retirer que là où c'est nécessaire pour l'unité de direction du ménage.

De plus, le régime de séparation est celui qui relève le plus la moralité du mariage et cela est intéressant à constater à l'heure où la femme prend de plus en plus conscience de sa personnalité et veut être épousée pour elle-même et non pour sa fortune. Si dans le régime de communauté le mari, du fait du mariage, peut faire un gain qui résulte de la mise en commun des valeurs mobilières d'une épouse riche, cela ne peut se produire ici.

M. Ribot écrivait, il y a longtemps déjà (1) en parlant de l'Angleterre : « les pays qui professent le plus grand respect pour le foyer domestique ont été les premiers à réclamer l'émancipation de la femme dans les actes de la vie civile ».

La séparation permet encore en diminuant les droits du mari, et par voie de conséquence ses responsabilités, d'alléger le droit matrimonial des règles de l'hypothèque légale. Le crédit du mari s'en trouve augmenté. La femme n'a plus le rang de créancière privilégiée, mais que lui importe : cette hypothèque à laquelle il lui faut presque toujours renoncer est-elle pour elle d'un bien grand secours ? Elle ne lui est qu'une revanche détournée des combinaisons des hommes ; c'est elle qui autorisera pour ainsi dire son mari à aliéner ses immeubles, ce qu'il ne pourrait faire si elle ne les libérait pas de sa garantie. Donner à la femme une augmentation de garantie par une augmentation de droits, c'est plus juste et cela simplifie bien des choses. En vain, objec-

(1) Bulletin de la Société de Législation comparée, 1880, p. 57.

tera-t-on que dans un régime de séparation, la femme abandonnera l'administration de ses biens à son mari. C'est juste, mais comme on interprète cet abandon comme un mandat tacite, il est révocable au gré de la femme et c'est pour elle une commode et précieuse garantie. On peut, du coup, supprimer la séparation de biens judiciaire, mesure grave et qui compromet presque toujours la solidité de l'union conjugale et qui oblige à recourir à la voie lente et coûteuse de la procédure.

Mais on fait à ce régime une objection très forte. N'accordant pas à la femme, à la dissolution une part des économies réalisées en commun, c'est, dit-on, un régime inique. La femme déchargeant le mari des soucis du ménage lui permet d'accroître son avoir et il est juste que la loi lui donne une portion de ces acquêts, car le mari, s'il acquiert, le fera toujours en son nom. Il suffit pour répondre d'exposer les combinaisons qui ont permis dans d'autres pays de faire de la femme une associée de son mari dans les régimes séparatifs. En Allemagne et en Suisse, la femme a une portion successorale supérieure à la nôtre, même en face d'enfants, c'est une part en propriété. La femme a droit à un quart de la succession s'il y a des enfants et à la moitié s'il n'y en a pas. Cela, pourra-t-on répondre, est inférieur à ce que la femme pourra recueillir en France, c'est-à-dire un quart en jouissance de la fortune du mari et la moitié en propriété de la communauté. Il y a encore en Allemagne et en Alsace-Lorraine actuellement, car la règle de l'immutabilité n'y existe pas, la possibilité de faire des pactes post-nuptiaux qui créent entre le mari

et la femme une société d'acquêts. Mais, objectera-t-on, il faut que le mari veuille. Il y a mieux encore. Nous voulons parler de l'article 214 du Code civil suisse. Il permet à la femme de réclamer aux héritiers du mari un tiers des acquêts réalisés par le ménage. Il n'y a pas de difficultés de liquidation car ce calcul est purement théorique, chaque époux restant propriétaire de ses biens.

Contre les régimes allemands et suisses, on fait une forte objection en ce qui concerne les besoins juridiques de notre pays. On leur oppose la défaveur du régime appelé par le Code régime sans communauté et qui est l'équivalent chez nous du régime d'union des biens. Mais cette défaveur qui a pour origine principale l'ab-

Statistique de l'étude Granier, à Lodève (Hérault)

Années	1875	1921	1922	1923	1924	1925
Nombre de contrats reçus.	26	8	2	8	7	8
Régime dotal, dot et les autres biens paraphernaux.		4	0	0	0	1
	26					
Régime dotal tous biens libres et paraphernaux..		2	1	4	4	6
Régime dotal avec société d'acquêts	0	2	1	2	2	1
Communauté réduite aux acquêts	0	0	0	2	1	0
Séparation de biens	0	0	0	0	0	0

sence de toute base historique de ce régime dans notre pays, ne provient-elle pas aussi de ce que chez nous le régime dotal est le régime d'union des biens ? La dot correspond aux biens dont le mari a l'administration avec toutefois l'inaliénabilité en plus et elle est le fruit de notre parenté juridique avec les Romains, les parphernaux représentent les biens que dans les pays germaniques la femme administre toute seule sous le nom de biens réservés. Mais nos auteurs de Code lui ont étendu la théorie de la puissance maritale à l'imitation de la coutume de Lyon et en abandonnant la véritable tradition des pays de droit écrit.

Dans quel sens évoluent donc actuellement nos régimes matrimoniaux ? Il faut demander aux notaires quels sont les désirs de leurs clients et quels sont les régimes qui recueillent le plus de suffrages.

Tout d'abord, on constate une diminution du nombre des contrats sauf dans certains pays où il s'est produit un notable accroissement d'activité économique. Cette diminution doit être attribuée, entre autres causes, au développement continu de la fiscalité qui fait craindre à chacun d'étaler au grand jour dans un acte public, tout ou partie de sa fortune.

Cette situation est sûrement préjudiciable à l'essor du pays et à l'accroissement des transactions, nous devons malheureusement nous borner à le constater. Un notaire nous écrivait récemment qu'un de ses confrères en se mariant, s'était vu taxer sur la valeur de sa charge pour avoir fait mettre sa qualité de notaire sur son contrat de mariage, à la suite de son nom. Un tel exemple n'est-il pas typique ?

La statistique qu'a aimablement voulu nous communiquer M^e Granier, notaire à Lodève, confirme notre observation. L'étude fait de 1921 à 1925 une moyenne de 7 contrats de mariage environ. Or, en 1875, elle en faisait 26 et il y avait alors dans le canton 4 notaires au lieu de 2 actuellement. A Narbonne, au contraire, le nombre des contrats reçus par l'étude Cambournac se maintient sensiblement le même pour des causes spéciales à la région et qui sont le développement du commerce des vins et le relèvement de la situation économique des viticulteurs.

Un autre effet de la fiscalité actuelle, lorsqu'elle n'aboutit pas à supprimer le contrat de mariage, est d'augmenter le nombre de ceux qui se font sans déclaration d'apport (1). Le contrat ne porte alors plus qu'une simple indication du régime que les futurs époux désirent adopter et des modalités qu'ils veulent lui adjoindre. Ce genre de contrat ne peut avoir d'inconvénient lorsque les époux sont fils uniques. Il ne peut en avoir non plus sous le rapport de la reprise des apports mobiliers, puisque la loi de 1924 leur permet d'en faire la preuve par les moyens de droit commun (2).

Pour ce qui est de la répartition des différents régimes matrimoniaux, nous constatons à Lodève, pays où

(1) E. Lalou. Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, Dalloz. Les contrats de mariage sans déclaration d'apports, 18 nov. 1926.

(2) Cependant, les Tribunaux reconnaissent en ce cas le droit aux notaires de prélever des droits proportionnels aux apports dont l'existence est certaine, aussi bien que sur ceux qui figurent au contrat. Trib. Civil de Niort, 4 févr. 1898. Revue du Notariat, n° 10-122.

le vieux droit écrit maintient ses anciennes racines qu'en 1875 on faisait seulement des contrats de régime dotal. Dans ces dernières années, la grande majorité des contrats contient adoption du régime dotal, mais la faveur de la clientèle va à la clause de paraphernalité des biens présents et à venir. Le mot de séparation effraie encore dans les pays ruraux du Midi, on l'adopte sauf le nom. Réjouissons-nous de cet esprit, symbole de la sagesse de nos races latines, à l'exemple de la nature qui « non fecit saltus ». Il y a quelquefois adjonction de la société d'acquêts au régime dotal, clause utile chez les commerçants et généralement chez toutes les personnes dont le patrimoine est appelé à s'accroître d'une manière plus ou moins importante.

A Narbonne, par contre, il est plus difficile d'obtenir une orientation bien précise, d'après la statistique qui nous a été communiquée. On peut remarquer cependant la disparition presque complète du régime dotal pur et simple. Lorsque le régime dotal subsiste, il est accompagné de la clause de société d'acquêts ou de celle de paraphernalité des biens présents et à venir. Le régime le plus en faveur, puisque dans cette étude il représente depuis la guerre le 55 p. 100 des contrats, est le régime de la séparation de biens. 27 p. 100 environ sont acquis par la communauté d'acquêts qui était assez rare avant 1914. Quant au régime dotal, sous toutes ses formes, il reste loin derrière avec 10 p. 100 environ des contrats.

Dans ces mêmes études, dont nous avons présenté les statistiques, nous avons demandé s'il n'arrivait pas quelquefois que des pouvoirs spéciaux, dérogatoires aux règles du Code civil, soient accordés au mari pour

Faudrait-il conclure de là à une évolution indéfinie des régimes matrimoniaux jusqu'à complète émancipation de la femme. Nous ne le croyons pas ; en notre matière, il y a des limites à cette évolution. Il y a dans le mariage des faits invariables avec lesquels il faut compter pour préciser les tendances de demain. Le mariage étant l'union de deux personnes, demandera toujours un pouvoir de décision chez l'une d'entre elles. L'homme restera toujours celui qui est le plus apte à représenter la famille à cause de sa supériorité physique. La femme conservera sa faiblesse physique et son esprit différent de l'avis des psychologues, plus influencé par les arguments qui touchent sa sensibilité que par ceux de la raison et de la pure logique.

Ce point limite que l'indépendance de la femme ne peut dépasser, étant fixé, il est à croire que la suprématie de l'homme doit encore diminuer et cela résultera non seulement du mouvement d'idées contemporain, mais de la nouvelle éducation donnée aux femmes qui se rapproche de plus en plus de celle des hommes et qui tend à leur donner une tournure d'esprit plus masculine et une plus grande aptitude aux affaires.

Dans cet état de choses, nous croyons que le régime de demain sera un des régimes de séparation. Ils laissent aux parties la faculté de leur adjoindre les clauses les plus diverses. Si on adopte la paraphernalité, elle permet des clauses de dotalité variables en étendue. Dans tous les cas, on peut leur adjoindre une société d'acquêts, ce qui les relève de tout reproche d'injustice. Ils séparent les patrimoines des deux conjoints et permettent d'abolir le principe de l'incapacité de la

femme mariée qui est un illogisme juridique. Ils permettent enfin, par les précieux articles du Code qui réglementent l'abandon de gestion de la femme, et que l'expérience a consacrés, de doser, si on peut s'exprimer ainsi, les libertés de la femme selon le degré d'union et de confiance qui règne dans chaque ménage.

Si la femme n'a pas de raisons de défiance envers son mari, elle lui laissera gérer ses biens; elle pourra lorsqu'elle le voudra, dans le courant du mariage, révoquer ce mandat tacite qu'elle lui a donné. Dans le cas contraire, elle peut exercer ses droits d'administration.

Ainsi, nous croyons, dans les années qui vont suivre, à une plus grande extension des régimes de séparation. Ils seront la formule transactionnelle entre les féministes avides de libertés et les légistes qui ne veulent pas sortir des cadres traditionnels de l'ancien droit et du Code.

Montpellier, le 22 décembre 1926

Vu: *Le Président de Thèse,*

VIALLETON.

Vu: *Le Doyen,*

MOYE.

Vu et permis d'imprimer:

Montpellier, le 22 janvier 1927

Le Recteur,

J. COULET.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	5
INTRODUCTION.	9
CHAPITRE I. — <i>Histoire de l'administration des biens paraphernaux par le mari.</i>	12
Etude de cette administration chez les Romains.	12
Le droit chrétien.	16
Le droit écrit du Midi de la France.	17
Adoption du régime paraphernal dans notre Code.	22
CHAPITRE II. — <i>De la responsabilité du mari qui participe à la vente des paraphernaux de sa femme.</i>	27
Historique.	27
Extension de la responsabilité de l'article 1450 aux biens paraphernaux.	29
Que l'autorisation seule oblige le mari.	33
Vente faite avec l'autorisation de la justice.	37
Vente de meubles.	39
Cas divers.	41
Autorisations conditionnelles du mari ou de la justice.	42
CHAPITRE III. — <i>Des obligations qui incombent au mari dans les différents cas où il administre les paraphernaux de sa femme.</i>	45
1° La femme a donné à son mari mandat d'administrer.	46
2° Le mari administre les biens paraphernaux sans mandat ni opposition de sa femme.	52
Recours du mari appauvri dans l'administration des paraphernaux	61
Les baux passés par le mari administrateur des paraphernaux	61
3° Le mari jouit des paraphernaux malgré l'opposition de sa femme.	69
4° Charges qui incombent au mari comme conséquences de la gestion des paraphernaux.	71

CHAPITRE IV. — <i>Les garanties que la femme a contre son mari pour les créances nées des paraphernaux</i>	74
Ces créances sont garanties par l'hypothèque légale.....	74
L'hypothèque garantissant ces créances est dispensée d'inscription.....	76
Différentes sortes de créances et leurs dates respectives d'inscription.....	77
Date de l'hypothèque lorsqu'il y a mandat.....	81
Date de l'hypothèque au cas de la vente des biens paraphernaux	85
Cette même date lorsque le mari a touché un capital paraphernal	87
L'hypothèque légale de la femme mariée en matière commerciale	91
CHAPITRE V. — <i>Reprises en nature de la femme paraphernale et modifications apportées à ses droits par l'état de faillite du mari</i>	95
Dispositions légales en matière de société d'acquêts. Loi du 20 avril 1924.....	95
Essai d'extension de ces règles à la paraphernalité.....	97
Reprises de la femme dont le mari est commerçant déclaré en faillite.....	99
CONCLUSION.....	101
Régimes matrimoniaux où prédomine l'idée de protection de la femme et régimes matrimoniaux où prédomine l'idée d'émancipation de la femme.....	101
Naissance du féminisme; ses desiderata.....	104
Progrès des régimes de séparation chez les autres peuples....	107
Avantages des régimes de séparation et les objections qui leur sont faites.....	109
Tendances actuelles déduites de quelques statistiques notariales	113
Essai sur l'avenir des régimes de séparation.....	117

